

REVISTA

DireitoUFMS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito

Direitos Humanos e Fundamentais

EDIÇÃO ESPECIAL

ANO 2015 – PUBLICAÇÃO SEMESTRAL ELETRÔNICA





FUNDAÇÃO
UNIVERSIDADE
FEDERAL DE
MATO GROSSO DO SUL

Reitora

Célia Maria Silva Correa Oliveira

Vice-Reitor

João Ricardo Filgueiras Tognini

Pró-Reitora de Ensino e Graduação

Yvelise Maria Possiede

Pró-Reitor de Pesquisa, Pós-Graduação e Inovação

Jeovan de Carvalho Figueiredo

Diretora da Faculdade de Direito

Ynes da Silva Félix

Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito

Ana Paula Martins Amaral

Coordenadora do Curso de Graduação em Direito

Luciane Gregio Soares Linjardi

CONSELHO CIENTÍFICO

Andreas Niederberger

Universität Duisburg-Essen, Alemanha

Dinorá Adelaide Musetti Grotti

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil

Georgenor de Sousa Franco Filho

Universidade do Amazonas - UNAMA, Brasil

Helena Taveira Torres

Universidade de São Paulo - USP, Brasil

Ingo Wolfgang Sarlet

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS, Brasil

Jesús Lima Torrado

Universidad Complutense de Madrid - UCM, Espanha

Jorge Bacelar Gouveia

Universidade Nova Lisboa - UNL, Portugal

Leonardo Carneiro da Cunha

Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP, Brasil

Leonardo Martins

Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN, Brasil

Luiz Alberto David Araujo

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil

Luiz Otavio Pimentel

Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Brasil

Marcelo Figueiredo

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil

Maria Esther Martinez Quintero

Universidad de Salamanca - USAL, Espanha

Monica Herman Salem Caggiano

Universidade de São Paulo - USP, Brasil

Pasquale Pistone

Università degli Studi di Salerno, Itália

Pilar Giménez Tello

Universidad de Salamanca - USAL, Espanha

Vladimir Oliveira da Silveira

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil

REVISTA **DireitoUFMS**

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

EDITORIAL DA REVISTA DIREITO UFMS

Prof.ª Dr.ª Livia Gaigher Bósio Campello

Faculdade de Direito - Fadir/UFMS

Prof.ª Dr.ª Luciani Coimbra de Carvalho

Faculdade de Direito - Fadir/UFMS

Endereço para correspondência

REVISTA DIREITO UFMS

Universidade Federal do Mato Grosso do Sul

Faculdade de Direito - FADIR

Av. Costa e Silva S/N - Caixa Postal 549 - CEP 79070-900 -

Cidade Universitária - Campo Grande - Mato Grosso do Sul

Telefone: (0xx67) 3345-7251

E-mail: fadir@ufms.br

<http://seer.ufms.br/index.php/revdir>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Coordenadoria de Biblioteca Central - UFMS, Campo Grande, MS, Brasil)

Revista Direito UFMS : revista do Programa de Pós-Graduação em Direito
[recurso eletrônico] / Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. -
Edição especial - Campo Grande, MS : Ed. UFMS, 2015- .
v. ; 25 cm.

Semestral
ISSN 978-85-7613-000-0

1. Direito - Periódicos. 2. Direitos humanos - Periódicos. 3. Direitos
fundamentais - Periódicos. I. Universidade Federal de Mato Grosso do Sul.

CDD (22) 342.81085
CDD (22) 342.085
CDD (22) 340.05
CDDir (4) 341.27

JVD

EDITORAL	5
Lívia Gaigher Bósio Campello Luciani Coimbra de Carvalho	
ARTIGOS CIENTÍFICOS	
ANTECEDENTES NORMATIVOS DOS DIREITOS HUMANOS NA BAIXA IDADE MÉDIA	7
Jesús Lima Torrado	
OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA DE 1976	35
Jorge Bacelar Gouveia	
NOTAS ACERCA DA LIBERDADE RELIGIOSA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	87
Ingo Wolfgang Sarlet	
DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA	103
Vladmir Oliveira da Silveira	
A INFLUÊNCIA DA DOCTRINA NAS CORTES CONSTITUCIONAIS	131
Marcelo Figueiredo	

A PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A DEFESA COLETIVA EM JUÍZO: O PAPEL DAS ASSOCIAÇÕES	145
Flavia de Campos Pinheiro Luiz Alberto David Araújo	
A TEORIA DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E A DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA	165
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	
MOBILIDADE HUMANA E FUTURO DO TRABALHO: EFEITOS DA GLOBALIZAÇÃO	187
Georgenor de Sousa Franco Filho	
LINHA EDITORIAL	199

EDITORIAL

Com esse primeiro volume especial, que ora é lançado com a participação dos ilustres membros permanentes do Conselho Científico, a Revista Direito UFMS apresenta a sua proposta editorial à comunidade jurídica acadêmica brasileira e internacional.

Dado o enfoque nos objetivos de criar um vasto campo de discussão e aproximação dos *Direitos Humanos e Fundamentais*; oferecer aos estudiosos uma visão atualizada das principais problemáticas jurídicas a serem enfrentadas pelas sociedades contemporâneas; fomentar e disseminar, de modo sistematizado, os estudos científicos realizados nessas áreas; a *Revista Direito UFMS* se inicia em sua missão de inserir as produções científicas de autores (as) convidados (as) nacionais e estrangeiros, do corpo docente e discente da UFMS e demais alunos, docentes e pesquisadores das mais diversas instituições de ensino do Brasil e exterior.

Trata-se de uma publicação semestral e eletrônica, apoiada pela Faculdade de Direito – Fadir/UFMS e pelo seu Programa de Pós-Graduação em Direito, que honrará seu compromisso com a excelência da pesquisa jurídica e buscará atender aos direcionamentos estabelecidos pela área do Direito junto à CAPES/MEC, bem como aos padrões exigidos nos indicativos do sistema *Qualis Periódicos*.

Nesse sentido, a revista que temos a honra de apresentar publicará trabalhos científicos inéditos, de autores (as) nacionais e estrangeiros, respeitando-se as regras vigentes de exogenia/endogenia. Além disso, os artigos passarão pela avaliação cega do sistema *Double Blind Peer Review*, em que o artigo é avaliado por docentes que desconhecem os autores, assim como os autores desconhecem seus avaliadores. Para se evitar o plágio, os artigos serão registrados no sistema *Digital Object Identifier* – DOI. Os artigos científicos e as resenhas críticas serão recebidos pelo Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas – SEER, *software* disponibilizado pelo IBICT, desenvolvido especificamente para o trabalho de gestão das revistas eletrônicas.

Nesta edição especial de lançamento, a fim de iniciarmos o longo e profícuo diálogo e debate que teremos adiante no eixo temático proposto, *Direitos Humanos*

e Fundamentais, optamos por convidar nossos membros do Conselho Científico da *Revista Direito UFMS* a apresentarem os temas sob os quais têm atualmente se debruçado. E, assim, oito artigos relacionados à área de interesse editorial compõem este volume especial da Revista, destacando-se os artigos dos convidados estrangeiros, Jesús Lima Torrado, membro do corpo docente da Universidad Complutense de Madrid, e Jorge Bacelar Gouveia, docente da Universidade Nova de Lisboa, os quais trataram respectivamente dos “Antecedentes normativos de los derechos humanos en la baja edad media” e “Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976”. Na sequência, Ingo Wolfgang Sarlet, pesquisador reconhecido, no Brasil e exterior, e Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado e Doutorado, da PUC/RS apresenta suas “Notas acerca da liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988”. Por sua vez, Vladimir Oliveira da Silveira, professor da PUC/SP, Coordenador do Programa de Pós-Graduação da UNINOVE e ex-presidente do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), fala sobre os “Direitos humanos fundamentais das pessoas com deficiência”. Por conseguinte, o professor da PUC/SP, do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Marcelo Figueiredo, enfrenta categoricamente o tema da “Influência da doutrina nas Cortes Constitucionais”. Com brilhantismo, o professor e livre-docente Luiz Alberto David Araújo, docente da PUC/SP, em co-autoria com Flavia de Campos Pinheiro, aborda o tema “A pessoa com deficiência e a defesa coletiva em juízo: o papel das associações”. A “Teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade técnica” é examinada em minúcias pela professora do mestrado e doutorado da PUC/SP, Dinorá Adelaide Musetti Grotti, e, finalmente, a “Mobilidade humana e futuro do trabalho: efeitos da globalização” é exemplarmente discutida pelo professor da UNAMA, Georgenor de Sousa Franco Filho.

Diante de todos os temas aqui explorados, os quais possuem inegável relevância para o meio acadêmico, bem como para a sociedade brasileira e a comunidade internacional, agradecemos a inestimável colaboração dos nossos membros do Conselho Científico, que se apresentam como autores (as) nesta festejada edição comemorativa de lançamento.

Agradecemos em especial o apoio incondicional da Professora Titular Ynes da Silva Felix, Diretora da Faculdade de Direito FADIR/UFMS, sem o qual essa missão se inviabilizaria.

A todos e a todas desejamos uma excelente leitura!

Campo Grande, outono de 2015.

Livia Gaigher Bósio Campello e Luciani Coimbra de Carvalho
Editoras da Revista Direito UFMS

ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA BAJA EDAD MEDIA

ANTECEDENTES NORMATIVOS DOS DIREITOS HUMANOS NA BAIXA IDADE MÉDIA

Jesús Lima Torrado

Instituto Complutense de Estudios Jurídicos Críticos
Universidad Complutense de Madrid

Resumo: A análise histórica da evolução dos direitos humanos pode ser realizada através de duas linhas fundamentais de investigação: mediante o estudo das diversas correntes de pensamento ético, filosófico-jurídico e filosófico-político e mediante a determinação e concatenação lógica e normativa das primeiras declarações de direitos. Neste trabalho há opção pela segunda linha de investigação, com foco nos textos jurídicos da Baixa Idade Média. Não se pode afirmar com rigor que na Idade Média foram formuladas declarações de direitos humanos no sentido conferido a elas na Idade Moderna. É evidente que os textos jurídicos medievais e as modernas declarações de direitos possuem significado e contexto histórico, jurídico e político diferentes. Mas esta diferença não implica a ausência de umnexo histórico e filosófico entre ambos os períodos de tempo. A doutrina que tem estudado as declarações medievais como precedentes das modernas declarações tem como foco predominantemente em alguns casos e exclusivamente em outros casos, na Carta Magna Inglesa de João sem Terra, de 1215. Todavia, não foi a Inglaterra a única, nem a primeira que reconheceu formalmente uma série de direitos aos súditos. Ainda que com tipos diferentes e com especificidades pode-se contemplar na Idade Média, na Europa, o reconhecimento desses direitos em vários textos legais, tais como o direito à vida, à integridade física, ao direito de não ser detido sem causa legal, o direito à propriedade, ao direito da inviolabilidade de domicílio etc. Os textos medievais europeus podem ser classificados em três grandes grupos que correspondem às três grandes culturas ocidentais: a hispânica, a anglo-saxã e a francesa. Da cultura hispânica de destacam o Pacto acordado nas Cortes de León, de 1188, entre Alfonso IX e seu Reino; o Privilégio Geral de Aragón, de 1283, outorgado pelo rei Pedro III, o Grande, nas Primeiras Cortes de Aragón, os Privilégios da União Aragonesa, de 1286, o Acordo das Cortes de Burgos, de 1301, o Acordo das Cortes de Valladolid, de 1322; o Foro de Vizcaya, de 1452 e as Partidas, do Rei Alfonso X, o Sábio. Da cultura francesa destaca-se a Grande Carta de Saint Gaudens, de 1203. Da cultura inglesa é relevante a Carta Magna Libertatum que foi outorgada em 19 de março de 1215 pelo rei João I da Inglaterra.

Palavras-chave: Direitos humanos; História dos direitos humanos; Direitos humanos na Baixa Idade Média

Resumen: El análisis histórico de la evolución de los derechos humanos se puede realizar a través de dos líneas fundamentales de investigación: mediante el estudio de las diversas corrientes de pen-

samiento ético, filosófico-jurídico y filosófico-político y mediante la determinación y concatenación lógica y normativa de las principales declaraciones de derechos. En este trabajo se ha optado por esta segunda línea de investigación, aunque centrándose en los textos jurídicos de la Baja Edad Media. No se puede afirmar con rigor que en la Edad Media se formularon declaraciones de derechos humanos, no al menos en el sentido de que se habla de ellas en la Edad Moderna. Es evidente que los textos jurídicos medievales y las modernas declaraciones de derechos tienen un significado y un contexto histórico, jurídico y político diferentes. Pero esta diferencia no implica la carencia de un nexo histórico y filosófico entre ambos periodos de tiempo. La doctrina que se ha ocupado de las declaraciones medievales como precedente de las modernas declaraciones se ha fijado, predominantemente, en unos casos y, exclusivamente, en otros, en la Charta Magna Inglesa de Juan sin Tierra, de 1215. Sin embargo, no fue Inglaterra la única, ni quizás la primera que empezó a reconocer formalmente una serie de derechos a los súbditos. Aunque con caracteres en parte diferentes y con rasgos en algunos casos muy específicos, se puede contemplar en la Edad Media, en Europa, una multitud de textos legales en los que esos derechos ya vienen reconocidos, tales como el derecho a la vida, el derecho a la integridad física, el derecho a no ser detenido sin causa legal, el derecho a la propiedad, el derecho a la inviolabilidad del domicilio, etc... Los textos medievales europeos se pueden clasificar en tres grandes grupos, que se corresponden a las tres grandes culturas occidentales: la hispánica, la anglosajona y la francesa. En la cultura hispánica destacan, entre otros, el Pacto convenido en las Cortes de León, de 1188, entre Alfonso IX y su Reino; el Privilegio General de Aragón de 1283, otorgado por el rey Pedro III el Grande, en las Primeras Cortes de Aragón, los Privilegios de la Unión Aragonesa, de 1286, el Acuerdo de las Cortes de Burgos de 1301, el Acuerdo de las Cortes de Valladolid de 1322; el Fuero de Vizcaya de 1452 y Las Partidas, del Rey Alfonso X, El Sabio. En la cultura francesa destaca la Gran Carta de Saint Gaudens, de 1203. En la cultura inglesa es especialmente relevante La Charta Magna Libertatum que fue otorgada el 19 de Marzo de 1215 por el rey Juan I de Inglaterra.

Palabras clave: Derechos humanos; Historia de los derechos humanos; Los derechos humanos en la Edad Media

Sumario: Introducción. 1. Relevancia de los textos jurídicos medievales para la Historia de los Derechos Humanos. 1.1 Las raíces normativas de los Derechos Humanos en Europa. 1.2. Características generales de los textos jurídicos medievales que constituyen un precedente de las modernas declaraciones de derechos. 1.2.1 El carácter pactado. 1.2.2 El carácter estamental. 1.2.3 Constituyen limitaciones al poder real. 1.2.4 Referencia al ser humano socialmente situado. 1.2.5 Naturaleza normativa consuetudinaria. 1.2.6 Dominio del Derecho Privado sobre el Derecho Público. 1.2.7 La influencia iusnaturalista. 1.2.8 La inspiración religiosa 2 La Charta Magna Libertatum inglesa de 1215. 2.1 Posible influencia de los fueros españoles. 2.2 El sujeto de los derechos reconocidos. 2.3 Principales derechos reconocidos. 3 Los textos medievales españoles. 3.1 El fuero de León de 1188. 3.2 El Privilegio General de Aragón. Conclusión. Referencias.

INTRODUCCIÓN

El análisis histórico de la evolución de los derechos humanos se puede realizar a través de dos líneas fundamentales de investigación: mediante el estudio de las diversas corrientes de pensamiento ético, filosófico-jurídico y filosófico-político y mediante la determinación y concatenación lógica y normativa de las prin-

cipales declaraciones de derechos. Entre ambas existe una esencial unión porque como señala Cairns los sistemas jurídicos no son concreción normativa de los sistemas filosóficos¹.

Si elegimos la primera opción se puede seguir, a su vez, una doble línea investigadora: o adoptar el modelo de derechos humanos del *personalismo comunicativo*² o bien inclinarnos por el modelo del *individualismo posesivo*. En el primer caso podremos partir de los planteamientos renacentistas de la *Philosophia Christi*, fundamentalmente del pensamiento de Tomás Moro³, de Erasmo de Rotterdam⁴ y de Luis Vives⁵. En el segundo caso, tendremos que partir del pensamiento de John Locke⁶, de Adam Smith⁷ y de Kant⁸, entre otros autores fundamentales.

En el presente trabajo no adoptaremos esa línea de investigación. Optaremos, en consecuencia, por la otra vía posible; esto es, analizar la evolución de los textos jurídicos en que se han plasmado derechos y garantías. Más concretamente, estudiaremos lo principales textos jurídicos medievales de la Baja Edad Media que se pueden considerar precedente de las modernas declaraciones de derechos.

1. RELEVANCIA DE LOS TEXTOS JURÍDICOS MEDIEVALES PARA LA HISTORIA DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Se ha hablado por parte de algunos sectores doctrinales, en diversas ocasiones, de las “declaraciones de derechos humanos en la Edad Media”. Utilizada esa expresión, en esos términos, resulta realmente inexacta e inadecuada. Las

¹ Legaz Lacambra, L.: *Filosofía del Derecho*, Barcelona, 2ª Ed., Bosch, 1960, p. 9.

² Rovetta Klyver, F.: *El descubrimiento de los derechos humanos*, IEPALA, Madrid, 2008, especialmente pp. 102 y ss.

³ Moro, T.: *Utopía*, Alianza, Madrid, 1994. *Un hombre sólo. Cartas desde la torre*, Rialp, Madrid, 1968.

⁴ Erasmo de Rotterdam: *La educación del príncipe cristiano*, Madrid, Tecnos, 2007.

⁵ Lima Torrado, J.: *El pensamiento de Luis Vives en cuanto que precursor del personalismo comunicativo en Guzmán Dalbora, José Luis (Coordinador): Nos ad justitiam esse natos. Centenario de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso*, Valparaíso, 2011, Vol. 2, pp. 1137 y ss.

⁶ Locke, J.: *Ensayo sobre el gobierno civil*, Aguilar, Madrid, 1981. Del mismo autor: *Carta sobre la tolerancia*, Tecnos, Madrid, 1988.

⁷ Smith, A.: *Lecciones sobre jurisprudencia (curso 1762-3)*, Editorial Comares, Granada, 1995.

⁸ Lima Torrado, J.: *Luces y sombras en la Filosofía de Kant. Análisis desde una teoría crítica del Derecho de la antítesis entre personalismo y racismo: un obstáculo para su consideración como precursor de los derechos humanos en Dantas da Silva Passos, Jaceguara, Martins Amaral, Ana Paula: Coletânea de Direito Constitucional*, 1ª Edición, Editorial Alvorada, Campo Grande, 2011, pp. 307 y ss. Kant, I.: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Porrúa, México, 1990. *Teoría y praxis*, Editorial Leviatán, Buenos Aires, 1984.

declaraciones de derechos humanos, como tales, referidos a todo ser humano, sea cual sea su condición, su status, etc., surgen en la Edad Moderna. Como bien señala Hans Welzel “*las postrimerías del siglo XVIII trajeron consigo el triunfo de la búsqueda y de la lucha dos veces milenaria en pos de los derechos inalienables del hombre y del ciudadano*”⁹. En esa misma línea de pensamiento se ha afirmado que “*las declaraciones de derechos son la revelación de un derecho personal, abstracto y universal –no circunscrito en zonas geográficas ni limitado a clases y estamentos-, dotado de un incoercible poder de expansión*”.¹⁰

¿Quiere esto decir que los textos jurídico-positivos medievales carecen de todo interés a la hora de hacer un análisis de la evolución histórica de los derechos humanos?

Un sector de la doctrina ha defendido tal tesis argumentando que de los textos jurídicos medievales no pueden hacerse arrancar las modernas declaraciones de derechos.¹¹ Izaga, que sigue a Daresté, defiende el criterio de que las declaraciones medievales son esencialmente distintas de las modernas declaraciones.¹² Esa parece ser también la tesis de Novoa cuando afirma que si bien la Edad Media no desconoció la dignidad del hombre, “*no formuló esos derechos en forma explícita y completa*”.¹³

Desde la posición radicalmente opuesta hay autores que sobreestiman el valor de los fueros medievales como garantías concretas de derechos y libertades, por encima, incluso, de las “abstractas” declaraciones modernas de derechos. “*Por no citar más que un ejemplo – nos dice Elías de Tejada-, las libertades logradas en la Cataluña Medieval no tienen par en ningún momento de la historia*”¹⁴

⁹ Welzel, Hans: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Aguilar, Madrid, 1974, p. 248. Burdeau, G.: *Les libertés publiques*, 4ª edición, L.G.D.J., Paris, 1972, p.13. Schneider, Hans Peter: *Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático* en *Revista de Estudios Políticos*, N° 7, Madrid, Enero-Febrero de 1979, pp. 8 y ss. Ossorio, M.: *Diccionario de Ciencias Jurídicas, políticas y sociales*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1978, p. 200.

¹⁰ Ruiz del Castillo, C.: *Manual de Derecho político*, Reus, Madrid, 1939, p.320. Novoa Monreal, E.: *El Derecho como obstáculo al cambio social*, Siglo XXI, México, 1975, p. 101.

¹¹ Pérez Serrano, N.: *La evolución de las declaraciones de derechos. Discurso de apertura del curso 1950-1951 en la Universidad de Madrid*, Madrid, 1950, pp. 57 y ss.

¹² Izaga, M: *Elementos de Derecho Político*, 2ª Ed., Bosch, Barcelona, 1952, pp. 257 y ss.

¹³ Novoa Monreal, E.: *Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos*, Siglo XXI, México, 1979, p. 13. M. Alonso García valora negativamente a la Edad Media, dentro del contexto de los derechos humanos porque afirma que en ella “*está el germen negador de la libertad*”. Vid. De este autor “*Las libertades individuales y su garantía: teoría y realización* en *Revista de Estudios Políticos*, N° 88, Julio- Agosto, 1956, p. 101. En el mismo sentido se expresa Enrique Gil Robles, citado por C. Ruiz del Castillo, *Op. Cit.*, p. 380, nota 1.

¹⁴ Elías de Tejada, F.: *Los fueros como sistema de libertades políticas concretas* en *Arbor*, N° 93-94, Tomo XXVI, Madrid, Septiembre-Octubre de 1953, p. 58.

No debe incurrirse en ninguna de las dos posiciones indicadas, porque son erróneas. Es evidente que los textos jurídicos medievales y las modernas declaraciones de derechos tienen un significado y un contexto histórico, jurídico y político diferentes. Pero esta diferencia no implica la carencia de un nexo histórico y filosófico entre ellos.¹⁵

En primer lugar es importante tomar en consideración los fueros medievales en cuanto que puede afirmarse que la historia del proceso de positivación de los derechos humanos comienza con ellos. “*Es en esta época cuando nos encontramos con los primeros documentos jurídicos en los que, aunque de forma fragmentaria y con significación equívoca, aparecen recogidos ciertos derechos fundamentales*”.¹⁶

El valor, en consecuencia, de los fueros medievales en lo que concierne a los derechos humanos no se encierra exclusivamente en el hecho de constituir una garantía y límite de unos derechos reconocidos frente al poder del rey, sino, sobre todo, y contemplándolos en una perspectiva histórica global, en constituir el punto de partida para el reconocimiento posterior de nuevos derechos y nuevas reivindicaciones extendidas a sectores cada vez más amplios de la población. Haciendo referencia a la *Charta Magna* inglesa de 1215, Roscoe Pound señala que “*los derechos asegurados en la Charta Magna se convirtieron, a su vez, en base de propaganda de nuevas aspiraciones, que fueron objeto de reñidas luchas durante el reinado de Enrique III*”.¹⁷ En consecuencia, podemos señalar como error histórico el asumir que la Revolución Francesa y el proceso de independencia que dará origen a los Estados Unidos de América, ambos de finales del siglo XVIII, marcan el primer paso hacia la definición oficial de los derechos individuales.¹⁸

Pero es también indudable el interés de los textos jurídicos medievales, aún sin hacer referencia a su influencia posterior, en cuanto que, dada la escasez de textos doctrinales medievales, en el aspecto que nos interesa, se hace conve-

¹⁵ García Pelayo, M.: *Derecho constitucional comparado*, Madrid, 1950, p. 125. Castán Tobeñas, J.: *Los derechos del hombre*, 2ª Edición, Madrid, Reus, 1976, p. 94. Riaza, R.: *Los orígenes españoles de las declaraciones de derechos en Anales de de la Universidad de Madrid*, Tomo V, p. 16. Cerdá Ruiz – Funes, J.: *Consideraciones sobre el hombre y sus derechos en las “Partidas” de Alfonso X El Sabio*, Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1967, pp. 57-58.

¹⁶ Pérez-Luño, A.E.: *El proceso de positivación de los derechos fundamentales* en Varios: *Los derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1979, p. 238. Hübner Gallo ha afirmado que la Edad Media “fue la cuna de los derechos y libertades de nuestro tiempo”. Cfr. *Panorama de los derechos humanos*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1977, p. 26.

¹⁷ Pound, Roscoe: *Evolución de la libertad*, México, 1960, p. 32.

¹⁸ Claude, Richard-Pierre: *The Western tradition of Human Rights in Comparative Perspective en Comparative Juridical Review*, Vol XIV, Coral Gables, Florida, 1977, pp. 12-13. Colliva, P.: *Rechtsstaatlichkeit in Mittelalter* en Internationales Colloquium über Menschenrechte, Berlin, Buxenstein, GmbH, 1968, pp. 15 y ss.

niente (e incluso podríamos decir imprescindible) acudir a las normas de derecho positivo para llegar a comprender las ideas jurídico-políticas de la época¹⁹.

1.1. LAS RAÍCES NORMATIVAS DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EUROPA

La doctrina que se ha ocupado de las declaraciones medievales como precedente de las modernas declaraciones se ha fijado, predominantemente, en unos casos y, exclusivamente, en otros, en la *Charta Magna* Inglesa de Juan sin Tierra.²⁰

Sin embargo, no fue Inglaterra la única, ni quizás la primera, como luego veremos, que empezó a reconocer formalmente una serie de derechos a los súbditos. Aunque con caracteres en parte diferentes y con rasgos en algunos casos muy específicos, se puede contemplar en la Edad Media, en Europa, una multitud de textos legales en los que esos derechos ya vienen reconocidos, tales como el derecho a la vida, el derecho a la integridad física, el derecho a no ser detenido sin causa legal, el derecho a la propiedad, el derecho a la inviolabilidad del domicilio, etc...²¹

De la Chapelle y, siguiéndole Hübner Gallo, ha clasificado los textos medievales en tres grandes grupos, que se corresponden a las tres grandes culturas occidentales: la hispánica, la anglosajona y la francesa.²²

En efecto, entre los textos españoles encontramos, como especialmente interesantes, el *Pacto convenido en las Cortes de León*, de 1188, entre Alfonso IX y su Reino²³; el *Privilegio General de Aragón* de 1283, otorgado por el rey Pedro III el Grande, en las Primeras Cortes de Aragón y acordado entre representantes de la nobleza y las ciudades del Reino de Aragón y el rey, por el que este se comprometía a respetar una serie de privilegios y fueros, y a no tomar decisiones en política internacional sin consultar antes en las mencionadas Cortes; los *Privilegios de la Unión Aragonesa*, de 1286, el *Acuerdo de las Cortes de Burgos* de 1301, el *Acuerdo de las Cortes de Valladolid* de 1322; el *Fuero de Vizcaya* de 1452 y *Las Partidas*, del Rey Alfonso X, El Sabio²⁴.

¹⁹ Beneyto Pérez, J.: *Ideas políticas en la Edad Media*, Ediciones Fe, 2ª Edición, Madrid, 1942, p. 8.

²⁰ Es el caso, entre otros muchos, de A Truyol Serra. Cfr. *Los derechos humanos. Declaraciones y convenios internacionales. Estudio preliminar*, 2ª Edición Tecnos, Madrid, 1977, p. 12. Voigt, A.: *Geschichte der Grunrdechte*, Stuttgart, 1948, pp. 7 y ss.

²¹ Pérez Luño, A.E.: *Op.Cit.*, p.238. Mochi Onory, S.: *Studi sulle origini storiche dei diritti essenziali della person a*, Bolonia, 1937, pp. 56 y ss.

²² De la Chapelle, Ph.: *La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et le catholicisme*, L.G.D.J., Paris, 1967, p. 346. Hübner Gallo, J.I.: *Op. Cit.*, p. 24.

²³ Puede consultarse el texto, en lengua latina de este documento en la siguiente dirección electrónica: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01478400877973428932268/030736.pdf>.

²⁴ Cerdá Ruiz-Funes, J.: *Op. Cit.*, especialmente pp. 40 y ss.

También en Francia se van imponiendo paulatinamente ciertas garantías individuales, principalmente en las cartas de las comunas urbanas, como la *Gran Carta de Saint Gaudens*, de 1203²⁵.

En el Sacro Imperio Romano Germánico, determinados grupos o ciertas comunidades urbanas, en lucha por una mayor autonomía frente al poder real, logran arrancar al monarca el reconocimiento de importantes derechos. Así sucede, por ejemplo, con el emperador Federico I Hohenstaufen, apodado Barbarroja, en 1183, y con Federico II en 1231²⁶.

En otras zonas europeas podemos encontrar importantes textos legales. Así, tenemos la *Bula de Oro de Hungría*, del año 1222²⁷ y los *Capítulos del Rey de las leyes de los Condados Suecos*, que datan del siglo XIV²⁸.

También en Italia tienen lugar, en la Baja Edad Media, una serie de procedimientos legales reguladores y racionalizadores de las instituciones de las comunidades libres. Se habla así, por varios autores, de la existencia de un incipiente constitucionalismo y de un reconocimiento del principio de legalidad, si bien bajo una forma diferente de la actual.²⁹

Se señala como hecho especialmente significativo de esa época el *Cuarto Consejo Laterano* de 1215. En él se prohibió a los clérigos formar parte en procedimientos en los que se empleara ordalías o justicia divina, dejando, en consecuencia, a los juicios libres de resoluciones que apelaran a lo sobrenatural y promoviendo una forma más racional en la decisión de los casos.³⁰

Podemos concluir, en consecuencia, que el incipiente reconocimiento de derechos y de sus correlativas garantías es un fenómeno común a todo el territorio europeo. Por eso afirma Felice Battaglia, acertadamente, que las cartas medievales

²⁵ De la Chapelle, Ph.: *Op. Cit.*, p. 349. Hübner Gallo, J.I.: *Op. Cit.*, p. 26. Puede consultarse el texto de la Gran Carta, traducido del gascón al francés, en la siguiente dirección electrónica: http://archive.org/stream/lagrandechartede00sainuoft/lagrandechartede00sainuoft_djvu.txt.

²⁶ Hübner Gallo, J.I.: *Op. Cit.*, p. 25.

²⁷ Peteri, Z.: *The Golden Bull of Hungary and the problem of Human Rights* en *Essays in Honor of Felix Frankfurter*, 1966, pp. 211 y ss.

²⁸ Claude, R.P.: *Art. Cit.*, pp. 11-12.

²⁹ Colliva, P.: *Op. Cit.*, p. 19. Claude, R.P.: *Art. Cit.*, p. 12. Legendre, P.: *Recherche sul principio di legalità nell'amministrazione del regno di Sicilia al tempo de Federico II. I. Gli organi centrali e regionali (Seminario giuridico della Università di Bologna, XXXIX, Mailand, 1964. Colliva recensionó este trabajo en la Revue Historique de Droit Française et étranger, 44 (1966), I, pp. 94-95. Nicolini, U : Il principio di legalità nelle democrazie italiane. Legislazione e dottrina político-giuridica dell'età comunale, Padua, CEDAM, 1955.*

³⁰ Claude, R.P.: *Art. Cit.*, p. 12.

les - que son las que regulan la adquisición de los derechos de las personas y su protección eficaz, las encontramos en todos los países de Europa, incluida Italia.³¹

1.2. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LOS TEXTOS JURÍDICOS MEDIEVALES QUE CONSTITUYEN UN PRECEDENTE DE LAS MODERNAS DECLARACIONES DE DERECHOS.

Son varias las características generales comunes a los diversos textos medievales. Algunos de ellos son coincidentes con los de las declaraciones de los siglos XVIII y XIX, si bien otros son peculiares y específicos de la Edad Media.

1.2.1. EL CARÁCTER PACTADO.

Se trata de derechos pactados entre el soberano y sus feudatarios, mientras que, como señala Biscaretti di Ruffia, la masa sometida de los súbditos queda privada de toda defensa jurídica eficaz contra los gobernantes³².

Son concesiones que los barones y hombres libres consiguen arrancar del rey, como consecuencia de la lucha mantenida con el mismo. Así, en la cláusula sesenta de la *Charta Magna* inglesa de 1215 se dice: "...ya que por el amor de Dios y el mejoramiento de nuestro reino y en apaciguamiento de la querrela que ha surgido entre Nos y nuestros barones, hemos otorgado estas concesiones..."³³.

Los siervos, por el contrario, eran objeto de un trato discriminatorio. "*Los siervos ni tenían derechos políticos ni civiles*"³⁴. De este modo, los siervos estaban siempre sujetos a toda suerte de contratación que sobre ellos hicieran los dueños, como donación, cambio, transacción, etc.³⁵ No podían testar ni casarse sin previo acuerdo de su señor. Estaban sometidos a la justicia de su amo sin posibilidad de recurso alguno ante otro tribunal, pues "*entre mon serf et moi, il n'y a de juge que Dieu*"³⁶. Si la ley establecía penas contra los dueños que daban muerte o

³¹ Battaglia, F.: *Declaraciones de derechos en Estudios de Teoría del Estado*, Prólogo de Luis Legaz Lacambra, Estudia Albornotiana, Bolonia, 1966, p. 181.

³² Biscaretti di Ruffia, P.: *Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 1965, p. 667.

³³ Alzamora Valdez, M.: *Los derechos humanos y su protección*, Jius, Lima, 1977, p. 32. Torrelli, M. y Baudouin, R.: *Les Droits de l'Homme et les libertés publiques par les textes*, Les Presses Universitaires de Québec, 1972, p. 32.

³⁴ Fustel de Coulanges citado por A. López Ferreiro: *Fueros municipales de Santiago y de su tierra*, Ediciones Castilla, Madrid, s.f. 1975?, p. 24 nota 1. Hilton, R.: *Siervos liberados. Los movimientos campesinos medievales y el levantamiento inglés de 1381*, Siglo XXI, Madrid, 1978, p. 15.

³⁵ López Ferreiro, A.: *Op. Cit.*, p. 24.

³⁶ Lions, M.: *Los derechos humanos en la historia y en la doctrina* en Varios: *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, UNAM, Instituto de Investigaciones Científicas, México, 1974, pp. 482-483.

mutilaban a sus esclavos, no era porque se reconociera la personalidad jurídica de éstos, sino porque la finalidad de la ley estaba en evitar que la sociedad quedase privada de un instrumento productivo³⁷.

Hubo revueltas campesinas en la Edad Media, como el famoso levantamiento inglés de 1381, pero nunca pudieron llegar a tener el carácter de una auténtica revolución y, por tanto, de transformación de su situación de marginación.³⁸ El medio de la liberación llegó en los reinos de León y Castilla, como veremos más adelante- a través de una vía pacífica e implicada en el problema de la repoblación.

1.2.2. EL CARÁCTER ESTAMENTAL.

En esa época los derechos tienen carácter estamental. Son derechos que corresponden y amparan los estamentos, grupos o clases. Son derechos y libertades concedidos más en interés de los núcleos sociales frente a las extralimitaciones del poder que en interés de los hombres concebidos como tales.³⁹ Las modernas declaraciones tienen, por el contrario, como base, la destrucción del régimen estamental⁴⁰.

Son los nobles, como realidad estamental, quienes empiezan a reivindicar ámbito de autonomía y poder frente al poder real, poniendo barreras al mismo, de modo que la autoridad del poder político se va debilitando bajo los golpes que le van dando los grandes señores feudales⁴¹. Estos últimos tratan, mediante esas acciones, de garantizar, entre otras cosas, sus derechos en cuanto que clase propietaria. Se produce, en consecuencia, una identificación entre la propiedad y la soberanía⁴².

³⁷ López Ferreiro, A.: *Op. Cit.*, p. 25.

³⁸ Véase, entre la abundante bibliografía existente la ya mencionada obra de Rodney Hilton y el interesante trabajo de Guy Fourquin *Los levantamientos populares en la Edad Media*, Miguel Castellote Editor, Madrid, 1973.

³⁹ Gil-Robles, J.M^a: *Por un Estado de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1969 pp. 72-73. Pérez Luño, A.E.: *Op. Cit.*, p.240. García Iturriaga, M.: *Las libertades públicas en la sociedad actual*, Secretaria General Técnica del Ministerio del Interior, 1^a Edición, Madrid, 1979, p. 44. Truyol, A.: *Op. Cit.*, p. 12. Pérez Serrano, N.: *Op. Cit.*, p.57. Maier, H.: *Die Grundrechte. Geschichte und Problemfiss in Politische Bildung* (1975) Heft 2, pp. 3 y ss. Cfr. Schneider, H.P.: *Art. Cit.*, pp. 8 y 9.

⁴⁰ García Pelayo, M.: *Op. Cit.*, p. 126. Castán Tobeñas, J.: *Op. Cit.*, p. 93.

⁴¹ Alfarcic, P.: *Les Déclarations françaises des droits de l'homme en Cahiers Laiques*, Paris, s.f., p. 3.

⁴² Ortiz García, A.: *Estudio preliminar* a la obra de C.K.: Allen *Las fuentes del Derecho inglés*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1969, p. LXXI, Lions, M.: *Op. Cit.*, p. 482. Núñez Encabo, M.: *Introducción al estudio del Derecho (I)*, Alhambra, Madrid, 1978, p. 203.

1.2.3. CONSTITUYEN LIMITACIONES AL PODER REAL.

Otra característica de las declaraciones medievales, que va unida a la anterior, es que por vez primera se empieza a establecer en las normas jurídicas un sistema general de limitaciones que se imponen al poder real; por lo cual, puede empezar a hablarse de la existencia de un incipiente sistema de legalidad⁴³, aunque un sistema de legalidad diferente del actual, pues “*en la Edad Media la protección iba referida a los privilegios de pueblos o ciudades, patrimonios o clases determinadas. Como contraste, la solución moderna al problema del limitar el poder requiere un esfuerzo para hacerlo impersonal al sujetar al gobierno a la ley.*”⁴⁴.

Se trata, por tanto, de limitaciones individualizadas y no de la libertad genérica y globalmente concebida⁴⁵. Las declaraciones medievales hacen referencia a acciones muy delimitadas y concretas. Las modernas declaraciones hacen referencia, por el contrario, de una forma genérica, de todos los derechos esenciales.⁴⁶ Constituyen, por tanto, auténticos textos jurídico-positivos y no meras aspiraciones o declaraciones programáticas con el deseo de que sean recogidas en el derecho positivo. De tal manera esto es así que sus normas pueden ser invocadas ante los tribunales⁴⁷. Claro contraste con no pocas declaraciones modernas –incluso constitucionales– cuyo carácter de validez jurídica y, en consecuencia, de exigibilidad ante los tribunales está ampliamente discutida⁴⁸.

1.2.4. REFERENCIA AL SER HUMANO SOCIALMENTE SITUADO.

Otro rasgo diferenciador respecto de las modernas declaraciones de derechos es que no se trata de una libertad conceptualizada como componente de

⁴³ Castán Tobeñas, J.: *Op. Cit.*, p. 81. Altamira, R.: *La Magna Carta y las libertades medievales en España* en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Año I, Madrid, 1918, p. 155; Biscaretti, P.: *Op. Cit.*, p. 667.

⁴⁴ Claude, R. P.: *Art. Cit.*, pp. 14-15.

⁴⁵ Ruffini, S. : *Diritti di libertà*, citado por Lucas Verdú, P.: *Derechos individuales* en *Enciclopedia Jurídica Seix*, Barcelona, T. VII, p. 39 nota 11. Beneyto, J.: *Los orígenes de la ciencia política en España*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, p. 286.

⁴⁶ Pérez Luño, A.E.: *Op. Cit.*, p. 240.; Castán Tobeñas, J.: *Op. Cit.*, p. 81. Battaglia, F.: *Op. Cit.*, pp. 159-160.

⁴⁷ Pérez-Luño, A.E.: *Op. Cit.*, pp. 240-241; Biscaretti, P.: *Op. Cit.*, p. 667. Castán Tobeñas, J.: *Op. Cit.*, p. 84.

⁴⁸ Piénsese, por ejemplo, entre muchos otros supuestos, en la gran discusión en torno al problema del valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Sobre este tema pueden consultarse dos magníficos estudios.. De un lado, la obra de García Bauer, C.: *Los derechos humanos, preocupación universal*, Universidad de San Carlos, Guatemala, 1960, p. 82 y ss. De otro, la obra del profesor Pérez Luño, A. E.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 8ª Edición, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 77 y ss.

derechos innatos y connaturales al hombre, sino como derechos propios del ciudadano concreto y que ha adquirido porque vienen acreditados por sus antepasados. Se trata, pues, de la garantía y defensa de derechos preexistentes y no proclamación de nuevos derechos y de libertades a obtener en tiempos futuros.⁴⁹ No obstante, aunque se trata del reconocimiento formal y escrito de derechos preexistentes, lo que se pretende es garantizarlos con vistas al futuro, precisamente mediante su formalización y reconocimiento solemne por parte del rey⁵⁰. Así, los redactores del *Fuero de Vizcaya*, que lleva fecha de 2 de Junio de 1452, afirman –lo reconoció también la reina Isabel La Católica– que tenían de antiguo “*sus privilegios e franquezas e libertades e otros fueros, que eran de albedrío y no estaban escritos; y en quantos daños e males e errores estaban caídos e caían cada día los dichos vizcaínos y de las Encartaciones e durangueses, por no tener las referidas franquezas e libertades e fueros costumbres, que razonablemente se pudiesen escribir e de ello pudiesen acordar que ellos abían, por no estar por escrito. E por escribir e hordenar las dichas franquezas e libertades e usos e costumbres e albedrío, todos los dichos vizcaínos, estando en su Junta General, en Idoybalzaga que es, lejaron e dieron su poder a ellos, para en uno con dicho doctor Correjidor, hordenasen y declarasen e escribiesen las dichas franquezas e libertades e usos e costumbres e fuero e albedrío, que habán los dichos vizcaínos, lo más justamente que pudiesen razonablemente, por onde se pudiesen mantener; porque así suescritos e declarados, el muy Alto Rey o Principe, el señor de Vizcaia, les confirmase por su fuero y les fuesen guardados sus franquezas e libertades e usos e costumbres...*”⁵¹. Por eso Alfonso IX, en el *Fuero de León*, del año 1208 dice “*...de universorum consensu hanc legem edidi mihi est a meis posteris ómnibus observandam*”⁵². Aquí encontramos un precedente fundamental de la idea – claramente reflejada por el pensamiento jurídico de la Ilustración francesa – de la escrituralidad y la publicidad como garantía de los derechos individuales recogidos en la ley, frente al sistema absolutista, partidario de órdenes secretas e instituciones reservadas.⁵³

⁴⁹ Lucas Verdú, P.: *Derechos individuales...* Art. Cit., p. 39 nota 11. Castán Tobeñas, J.: *Op. Cit.*, p. 81. Para Roscoe Pound la clave de la perdurabilidad de la Charta Magna inglesa de 1215 estaría, precisamente, en constituir un cuerpo de previsiones específicas para males presentes y no una declaración genérica en términos universales. Cfr. Hübner Gallo, J.I.: *Op. Cit.*, p. 27.

⁵⁰ Castañeda y Alcocer, V.: *Libertades medievales (Cataluña-Castilla)* en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Año II, Madrid, 1919, p. 352.

⁵¹ García Gallo, A.: *Manual de Historia del Derecho español*, Madrid, 1964, T. II: *Antología de fuentes del Derecho español*, 2ª Edición, p. 237. Celaya, A.: Art. Cit., pp. 70-71.

⁵² *Cortes de los antiguos reinos de León y Castilla*, Real Academia de la Historia, T. I, Rivadeneyra, Madrid, 1861, p. 47. En el Concilio de León, de 1 de Agosto de 1020 se dice “*establecimos estos degredos, e los quales sean firmemente guardados e firmes en nos tempos que con e an de ser por sempre.*” Cfr. Muñoz Romero: *Colección de Fueros Municipales y Cartas Pueblas de los reinos de Castilla, León y Corona de Aragón y Navarra*, Imprenta de D. José Maria Alonso, Editor, Madrid, 1847, p. 74.

⁵³ En Portalis, ilustrado moderado, uno de los tres redactores del proyecto de Código Civil francés,

1.2.5. NATURALEZA NORMATIVA CONSUETUDINARIA.

Las declaraciones medievales responden a prácticas y principios consuetudinarios. Son “*normas del buen derecho antiguo*”⁵⁴. En la *Carta Magna leonesa*, de 1188 el Rey Alfonso IX jura guardar, “*a todos los súbditos, clérigos y legos, las buenas costumbres establecidas por sus antecesores*”⁵⁵.

Por eso no se formulan a través de leyes generales, sino a través de normas consuetudinarias o de normas jurídicas particularizadas que reciben varios nombres, tales como “*Pacto*”, “*Fuero*”, “*Compromiso*”, “*Foros bonos*”, “*Libertades*”, “*Charta*”, etc...⁵⁶.

1.2.6. DOMINIO DEL DERECHO PRIVADO SOBRE EL DERECHO PÚBLICO.

Los derechos reconocidos lo son en régimen de derecho privado. En la Edad Moderna, por el contrario, con su progresiva generalización, irán pasando a ser libertades generales en el plano del derecho público, tal y como se puede comprobar, en Inglaterra en la *Petititon of Rights*, de 7 de Junio de 1628, el *Habeas Corpus Amendment Act*, de 26 de Mayo de 1679 y el *Bill of Rights*, de 26 de Diciembre de 1689⁵⁷. “*Es cierto que con el Bill of Rights se proclama que se reafirman y aseguran antiguos derechos y libertades (ancient rights and liberties) ya reivindicados por sus mayores, pero en su enunciado se acentúa su carácter general, y así se habla de undobted rights and liberties*”⁵⁸.

1.2.7. INFLUENCIA IUSNATURALISTA.

Otro rasgo común a todas las declaraciones medievales es su clara inspiración iusnaturalista.⁵⁹

la publicación de la ley aparece como una exigencia del valor seguridad jurídica. Vid. Portalis, J.E. H.: *Discurso preliminar del proyecto de código civil francés*, Trad., prólogo y notas de M. de Rivacoba y Rivacoba, Edeval, Valparaíso, 1978, pp. 49-50.

⁵⁴ Pérez Luño, A.E., *Op.Cit.*, p. 240. García Pelayo, M.: *Op. Cit.*, p. 124.

⁵⁵ González, Julio: *Alfonso IX*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1944, T. I., p. 49.

⁵⁶ García Pelayo, M.: *Op. Cit.*, pp. 124-125. Battaglia, F.: *Op. Cit.*, pp. 161 y 181. Claude, R.P.: *Art. Cit.*, pp. 14-15. García Gallo, A.: *Manual de Historia del derecho español, I. El origen y la evolución del Derecho*, 2ª Ed., Madrid, 1964, p. 619.

⁵⁷ El texto del *English Bill Of Rights* de 1689 se puede consultar en la Biblioteca de la Universidad de Yale en la siguiente dirección electrónica: http://avalon.law.yale.edu/17th_century/england.asp.

⁵⁸ Pérez -Luño, A.E.: *Op. Cit.*, p. 241. Battaglia, F.: *Op. Cit.*, pp. 161, 181 y 184-185.

⁵⁹ Castán Tobeñas, J.: *Op. Cit.*, p. 94. Pérez- Luño, A.E.: *Op. Cit.*, p. 239. Von Gierke, O.: *Les Théories politiques du moyen âge*, Trad. Francesa, Sirey, Paris, 1914, p. 244. Trad. Española de Editorial Huemul, Buenos Aires, 1963, p. 169. En *Las Partidas* del rey Alfonso X, El Sabio, la influencia escolástica es

Las modernas declaraciones de derechos tienen también una base iusnaturalista, pero no es ya el iusnaturalismo medieval de raíz escolástica, sino el iusnaturalismo iluminista de J. Locke, Montesquieu y Rousseau. No obstante, ha sido Nicol quien agudamente ha subrayado la conexión existente entre el pensamiento de John Locke y el de Francisco Suárez como antecedentes ambos, de la *Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, de 1789, mostrado las enormes similitudes que se pueden encontrar en el *Tratado de las leyes y de Dios Legislador*, de Francisco Suárez, el *Ensayo sobre el Gobierno civil* (de John Locke) y la mencionada declaración.⁶⁰

Incluso hablando - en términos muy generales - se puede afirmar que la doctrina de los derechos humanos presupone, necesariamente, sea cual sea su formulación, una base iusnaturalista, lo que, en consecuencia, constituye un presupuesto de la misma⁶¹.

1.2.8. INSPIRACIÓN RELIGIOSA.

En íntima unión con la inspiración iusnaturalista encontramos en los textos medievales la inspiración religiosa, lo que les lleva a invocar a la divinidad. La *Charta Magna* inglesa de 1215 comienza diciendo: “*Sabed que ante Dios, por el bien de nuestra alma y la de nuestros antepasados y sucesores, para honor de Dios y exaltación de la Santa Iglesia...*”. En la cláusula primera, de la misma *Charta* se establece que el rey la otorga “*ante Dios*”⁶².

Esta característica se mantiene en las declaraciones del siglo XVIII. En la *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen*, de 26 de Agosto de 1789, se dice en el Preámbulo: “*...En conséquence, la Assemblée Nationale reconnaît et déclare, en présence et sous les auspices de l’Être Suprême, les droits suivants de l’Homme et du Citoyen...*”⁶³.

En los textos constitucionales del siglo XIX aún se mantiene la referencia a Dios. Así, por ejemplo, en el *Preámbulo* de la *Constitución de la Monarquía Espa-*

evidente. Vid. Cerdá Ruiz-Funes, J.: *Op. Cit.*, p. 29.

⁶⁰ Nicol, E.: *La vocación humana*, Fondo de Cultura Económica, México, 1953, pp. 227 y ss. En el mismo sentido y más recientemente, Abellán, J.L.: *Historia crítica de la filosofía española*, T. 2, Espasa Calpe, Madrid, 1979, pp. 606 y ss.

⁶¹ Battaglia, F.: *Op. Ct.*, p. 175. También en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XII, A. Giuffrè, Milan, 1964, p. 409. Croce, B.: *Los derechos humanos y la situación histórica presente* en Varios: *Los derechos del hombre*, 2ª edición, Laia, Buenos Aires, 1973, p. 143. García Ramírez, S.: *Los derechos humanos y el derecho penal* en Varios: *Veinte años de evolución...**Op. Cit.*, p. 155. Ruiz del Castillo, C.: *Op.Cit.*, p. 325.

⁶² Peces- Barba, G, Hierro Sanchez -Pescador, L.: *Textos básicos de derechos humanos*, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1973, p. 25.

⁶³ Torrelli, M, Baudouin, R.: *Op. Cit.*, p. 9.

ñola, promulgada en Cádiz el 19 de Marzo de 1812, se declara que las Cortes han decretado y sancionado la Constitución “...en el nombre de Dios Todopoderoso, Padre, Hijo y Espíritu Santo, autor y supremo legislador de la sociedad...”⁶⁴.

En las grandes declaraciones internacionales de Derechos Humanos del siglo XX, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de Diciembre de 1948, el aspecto religioso desaparece de los preámbulos.

2. LA CHARTA MAGNA INGLESA DE 1215.

La *Charta Magna Libertatum* fue otorgada el 19 de Marzo de 1215 por el rey Juan I de Inglaterra, más conocido como Juan sin Tierra, ante el acoso de los nobles como consecuencia de los problemas sociales y las graves dificultades en la política exterior. Fue elaborada después de tensas y complicadas reuniones en Runymede.

2.1. POSIBLE INFLUENCIA DE LOS FUEROS ESPAÑOLES.

Gran parte de la doctrina ha situado cronológicamente la *Charta Magna Libertatum* o *Charta Baronum* inglesa de 1215, generalmente denominada *Charta Magna* por contraposición a la *Charta Parva* de 1217, como el primer texto, en orden de prelación de fuentes, a la hora de enumerar textos jurídicos medievales, como precedente de las modernas declaraciones de derechos.⁶⁵

Esto es inexacto porque como ha señalado un importante sector doctrinal las declaraciones de derechos humanos más antiguas de occidente, son sin duda, los fueros españoles⁶⁶.

⁶⁴ Sevilla Andrés, Diego: *Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*, Editora Nacional, Madrid, 1969, Vol. I, p. 161.

⁶⁵ Haro Tecglen, E.: *Los derechos humanos a través de la historia* en varios: *Los derechos humanos*, Ayuso, Madrid, 1976, p. 20. Schneider, H.P.: *Art. Cit.*, pp. 9-10. Battaglia, F.: *Op. Cit.*, p. 160. Torrelli, M., Baudouin, R. en su *Presentation* a la selección de textos de derechos humanos, ya cita, dicen que la *Charta Magna* “est en effect le premier grand texte consacrant des libérés” (p. XVI).

⁶⁶ Alzamora Valdez, M.: *Op. Cit.*, p. 29. Castán Tobeñas, J.: *Op. Cit.*, p. 85. Alcalá Zamora, N.: *La protección procesal internacional de los derechos humanos*, Civitas, Madrid, 1975, pp. 24 y s. García Ramírez, S.: *Op. Cit.*, p. 156. Von Keller, R.: *Freiheitsgarantien für Person und Eigentum im Mittelalter. Eine Studie zur Vorgeschichte moderner Verfassungsgrundsätze*, Heidelberg, 1933, Santamaría de Paredes, V.: *Curso de Derecho Político*, 5ª Ed., Ricardo Fe, Madrid, 1893, pp. 470 y ss. Wholhaupter, E.: *La importancia de España en la Historia de los derechos fundamentales (Conferencia en el Centro de Intercambio Cultural Germano Español)*, Madrid, 1930; Beneyto Pérez, J.: *Los orígenes de la ciencia política...Op. Cit.*, pp. 296 y ss. Hübner Gallo, J.I.: *Op. Cit.*, pp. 25 y 26.; Figueroa, Mª A.: *Apuntes sobre el origen de las garantías de los derechos humanos en la legislación hispano-chilena* en *Estudios de Historia de las Instituciones Políticas y Sociales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1968, pp. 43 y ss. Altamira, R.: *Art. Cit.*, pp. 152 y ss. Fairén Guillén, V.: *Los procesos aragoneses medievales y los derechos del hombre* en *Anuario de Derecho Aragonés. Volumen Homenaje a la Memoria de Mariano Alonso y Lambán*, Tomo XIV, (1969-89), Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Zaragoza,

Algunos estudiosos han ido más lejos y no sólo no señalan la prioridad cronológica de los textos españoles sobre los ingleses, sino que incluso llegan a afirmar que la *Charta Magna* inglesa tiene importantes antecedentes en aquéllos, los cuales le habrían servido de modelo o inspiración. Fairén nos habla de que los contactos entre Aragón e Inglaterra fueron “*bastante intensos*” en la Baja Edad Media⁶⁷. El inglés Wentworth Webster (1828-1097), pastor anglicano y estudioso de la cultura e instituciones vascas del siglo XIX, intentó demostrar en su obra “*Les loisirs d’un étranger au Pays Basque*”, más concretamente en el capítulo “*Simon de Monfort et le Parlement Anglais*” que Simon de Monfort, Conde de Leicester, “*aprendiera en Gascuña las fórmulas de democracia parlamentaria que impuso a la Corona británica; y apoya sus tesis con abundante y sólida documentación. Pudo adquirir aquellos conocimientos –dice Webster - de gascones, vascos, provenzales, catalanes y españoles. A tal efecto relaciona con mención y cita de textos clásicos en la materia, la celebración de las Cortes en Cataluña desde 1064, en Navarra partir de 1094 y en Castilla –León después de 1188.*”⁶⁸. Leizaola especifica que el mencionado noble inglés, que gobernó en Gascuña, se inspiró en la institución del *Etxe jaun*, tomándolo como modelo de los derechos individuales⁶⁹. Para Marichalar y Manrique, el *Fuero de León* de 1188 habría tenido influencia directa en la *Charta Magna* inglesa⁷⁰

Con independencia de la influencia hispana se constata la influencia que la *Charta Magna* tiene también importantes antecedentes en la propia Inglaterra, en el *Código del Rey Alfredo*, del siglo IX, en la *Carta de las libertades* de Enrique I, del año 1100, en el *Decreto de Clarendon*, de 1166⁷¹.

2.2. EL SUJETO DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS.

En un principio la *Charta Magna* amparaba sólo a los “*omnibus liberis hominibus regni nostri*”. Pero “*hombre libre*”, como señalara Carl Schmitt, sólo era el ba-

pp. 387 y ss. Artículo también publicado en *Revista Argentina de Derecho Procesal*, Abril- Junio de 1969, pp. 165 y ss. ; Giner, S.: *Historia del pensamiento social*, Ed. Ariel, Barcelona, 1967, pp. 126-127.

⁶⁷ Fairén Guillén, V.: *Art. Cit.*, pp. 387-388.

⁶⁸ Irujo Ollo, Manuel: *Inglaterra y los vascos*, Ekin, 2ª Edición, Tafalla, 2004, pp. 44 y ss. Webster, Wentworth: *Influencia de los fueros pirenaicos en la constitución inglesa en Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, VII, Madrid, 1883, pp. 375 y ss. Altamira, R.: *Art. Cit.*, p. 152. Fairén Guillén, V.: *Art. Cit.*, p. 388.

⁶⁹ Citado por Ruiz del Castillo, C.: *Op. Cit.*, p. 362.

⁷⁰ Altamira, R.: *Art. Cit.* p. 152. Beneyto, J.: *Los orígenes de la ciencia política ...Op. Cit.*, p. 297.

⁷¹ Cores Trasmonte, B.: *Declaración de derechos en Diccionario de Ciencias Sociales*, Madrid, instituto de Estudios Políticos, 1975, Vol. I, p. 630, Hübner Gallo, J.I.: *Op. Cit.*, p. 26.

rón: “sólo él pesaba como homo liber, e incluso, sólo como homo”⁷². Por eso André Maurois en su *Historia de Inglaterra*, se sitúa en la línea de aquellos escritores que niegan a la *Charta Magna* el carácter de una conquista popular, alegando que “en 1215 esas ideas, tan claras para nosotros, son innacesibles para las masas”; y añade: “La *Charta Magna* estuvo tan lejos de ser un documento popular que no fue traducida al inglés antes del siglo XVI”⁷³.

Sánchez Agesta, desde la posición contraria, afirma la popularidad de la *Charta*, en concordancia con la tesis de Green: El rey respetará el derecho de los barones que de él dependen; éstos, a su vez, el de aquellos que están bajo su dependencia. Pero en la universalidad de éste carácter ve Green la verdadera importancia de la *Charta Magna* y su significado nacional; “Los obispos y los nobles no sólo han reclamado y asegurado sus derechos, sino también los de los labradores y los comerciantes, los burgueses y los villanos. La misma garantía con que los barones se cubren ante el rey, cubrirá a los hombres del pueblos ante los señores.”⁷⁴. Claudio Sánchez Albornoz, por su parte, afirma que la *Charta Magna*, como los fueros medievales, sirve de garantía general de seguridad del pueblo tanto frente a los abusos de los nobles como del rey. “No es aventurado, por tanto, concluye Sánchez Albornoz, suponer que su redacción respondió a las demandas populares y que se dictaron por inspiración del pensamiento político del pueblo; ni es osado ver en ellas clara muestra de la vivaz y aguda sensibilidad de éste ante los negocios públicos”⁷⁵.

De cualquier forma, es indudable que de las sesenta cláusulas de que consta la *Charta* sólo doce benefician directamente al pueblo. Esto es lógico si se tiene en cuenta que la iniciativa de la lucha contra el poder real estaba en la nobleza⁷⁶. Por eso, en cierto modo suponía una consagración de los privilegios feudales y, por tanto, una involución desde el punto de vista del progreso político⁷⁷ pero al que la posteridad -como indica Pérez Luño- le ha asignado, por su decisivo papel en el desarrollo de las libertades públicas inglesas, el glorioso

⁷² Citado por Alzamora Valdez, M.: *Op. Cit.*, p. 30; García Pelayo, M.: *Op. Cit.*, p. 169; Altamira, R.: *Art. Cit.*, p. 159.

⁷³ Citado por Altavila, J. de: *Origem dos direitos dos povos*, 3ª Edición, Ed. Melhoramentos, Sao Paulo, s.f., (1963), p. 119. En el mismo sentido se ha pronunciado Karl Loewestein: “Las libertades civiles en los países anglosajones en la obra colectiva *Veinte años de evolución...Op. Cit.*, p. 541.

⁷⁴ Sánchez Agesta, L.: *Derecho Constitucional comparado*, 2ª Edición, Editora Nacional, Madrid, 1965, p. 93. Castán Tobeñas, J.: *Op. Cit.*, p. 84. Altavila, J. de: *Op. Cit.*, p. 119.

⁷⁵ Sánchez Albornoz, C.: *Sensibilidad política del pueblo castellano en la Edad Media* en *Revista de la Universidad de Buenos Aires*, Nº 5, 1948, p. 87. Jiménez Asúa, L.: *Tratado de Derecho Penal*, 3ª Edición, Losada, Buenos Aires, 1964, T. II., p. 386.

⁷⁶ Altavila, J. de: *Op. Cit.*, p. 119.

⁷⁷ Pérez Luño, A. E.: *Op. Cit.*, p. 239. Giner, S.: *Op. Cit.* p. 127.

epíteto de *Fundamentum libertatis Angliae*⁷⁸. En efecto, las garantías de la *Charta* se van paulatinamente generalizando. En tiempos de Eduardo III se extendieron a todos los ingleses “de cualquier condición o estado”⁷⁹ Y en el siglo XVII fue el jurista Edwad Coke quien interpretó el alcance de la *Charta* como fórmula de la libertad que vendría a englobar a todos los ciudadanos, pretendiendo con ello poner resistencia a las pretensiones absolutistas de la dinastía de los Estuardo⁸⁰.

2.3. PRINCIPALES DERECHOS RECONOCIDOS

La *Charta* proclama una serie de derechos individuales. Entre ellos resalta por su importancia posterior (constituye una de las bases de la moderna doctrina de la *reserva legal*), el derecho al voto de los subsidios que el rey pide, de manera que si el rey deseara establecer tributos que excedieran de lo pactado, debería obtener autorización del *Magnum Concilium*⁸¹. Cuatro siglos después el Parlamento consigue que el rey Jacobo I firme la *Petititon of Rights*, que data del año 1628 y en donde, entre otras cosas, se reafirma el derecho de los ingleses a no pagar los impuestos no consentidos por sus representantes⁸². Y en 1689 el *Bill of Rights* (cláusula cuarta) reafirma, después de haber enumerado los actos arbitrarios de Jacobo II, que también el soberano estaba sometido a las leyes fundamentales del reino y que, precisamente, para asegurar concretamente tal principio, el Parlamento votaría sólo año tras año los impuestos solicitados por el gobierno real⁸³.

Otro precedente, de suma importancia, de uno de los pilares básicos del moderno Estado de Derecho y que viene incluso regulado en la actualidad a nivel internacional (artículo 11 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*)⁸⁴ es el reconocimiento del principio de legalidad de los delitos y de las penas. La cláusula 39 de la *Charta Magna* establece que “*Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de*

⁷⁸ Pérez Luño, A.E.: *Op. Cit.*, p. 239.

⁷⁹ Claude, R.P.: *Art. Cit.*, pp. 11-12. Robertson, A.H.: *Some reflexion on the History of Human Rights en Mélanges Modinos*, A. Pedone, Paris, 1968, p. 256.

⁸⁰ Pérez Luño, A. E.: *Op. Cit.*, pp. 240-241. García Pelayo, M: *Op. Cit.*, p. 131.

⁸¹ Altamira, R.: *Art. Cit.*, p. 154. Biscaretti, P.: *Op. Cit.*, p. 666 nota 2.

⁸² Gómez Arboleya, E.: *La sociedad moderna y los comienzos del saber sociológico en Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1954, p. 246.

⁸³ Biscaretti, P.: *Op. Cit.*, p. 667.

⁸⁴ Artículo 11.: “1. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público, en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. 2. Nadie se considerará culpable por ningún delito a causa de algún acto u omisión que en el momento de cometerse no constituyera un delito, según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la que era aplicable en el momento de la comisión del delito.”

la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino."⁸⁵.

No obstante las críticas que han dirigido algunos autores, como Max Radin y Jenks, a esta atribución histórica, con considerar el carácter aristocrático de la *Charta*⁸⁶, no cabe duda que supone *un inicio* de dicho principio⁸⁷.

Se proclama también el derecho a la libertad de circulación, tanto de los mercaderes (cláusula 41), como de toda persona (cláusula 42). Asimismo, el rey se impone el respeto de los bienes de los súbditos (cláusulas 30 y 31)⁸⁸.

Otro aspecto a resaltar en la Carta como precedente de las modernas declaraciones es que, junto al hecho de proclamar y garantizar una serie de libertades individuales, empieza a reconocer también la libertad de las entidades sociales sobre las cuales el príncipe reconocía no tener poder; y así se proclama la libertad de la Iglesia de Inglaterra (cláusula 1ª), de la ciudad de Londres y de otras ciudades y villas. La cláusula N^o 13 establece: "*La ciudad de Londres conservará todas sus antiguas libertades y libres usos, tanto por tierra como por mar. Queremos además y concedemos que todas las demás ciudades, burgos, villas y puertos conserven todas sus libertades y libres usos*"⁸⁹.

Si importantes son los derechos (individuales y colectivos) reconocidos, no lo son menos las concretas garantías procesales que la Carta reconoce para su salvaguarda. Así, se regula la creación del *Comité de veinticinco barones* (cláusula 51), que constituye una especie de contrafuero, y una serie de atribuciones que se le otorgan en otras cláusulas (52, 55, etc...) ⁹⁰.

La cláusula 38 establece que "*ningún baile (funcionario) someterá a nadie en el futuro por acusación no debidamente apoyada en su propia ley, sin testigos dignos de ser presentados a ese fin*"⁹¹.

⁸⁵ Torrelli, M, Baudouin, R.: *Op. Cit.*, p. 32. Battaglia, F.: *Le carte dei diritti*, 2ª Ed. Florencia, 1946. Fairén Guillén, V.: *Art. Cit.* p. 452.

⁸⁶ Rodríguez Mourullo, G.: *Legalidad (Principio de)* en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Vol. XIV, Barcelona, 1971, p. 883.

⁸⁷ Cuello Calón, E.: *Derecho Penal*, 14 ed. Barcelona, Bosch, 1964, Vol. I, p. 199 nota 2. Mezger, E.: *Tratado de derecho penal*, Madrid, 1955, T. I., p. 132. Bohne: *Die Magna Charta von 1215 und das Strafgesetzlichen Analogie Verbot* en *Festschrift für H. Lehmann*, 1937, pp. 71 y ss; Darmor, J.: *A travers les grands déclarations* en *Revue de l'Action Populaire*, Paris, Enero de 1964, p. 20.

⁸⁸ Darmor, J.: *Art. Cit.*, p. 20.

⁸⁹ Torrelli, M., Baudouin, R.: *Op. Cit.*, p. 31. Darmor, J.: *Art. Cit.*, p. 20; Battaglia, F.: *Op. Cit.*, p. 160. Alzamora Valdez, M.: *Op. Cit.*, pp. 30-31.

⁹⁰ Altamira, R.: *Art. Cit.*, p. 161.

⁹¹ Alzamora Valdez, M.: *Op. Cit.*, p. 31.

Se establecen, además, en la jurisdicción penal (cláusula 39), la prohibición de arrestos arbitrarios y la necesidad de que los juicios fueran realizados por jurados. Esta es, sin duda, la principal garantía que ofrece la Carta⁹².

La cláusula 20, por su parte, establece la garantía consistente en la prohibición de la denegación de justicia, del cohecho y de las dilaciones innecesarias: “*A nadie venderemos, a nadie negaremos o aplazaremos el derecho a la justicia*”⁹³.

Otra garantía es la establecida en la cláusula 17: los juicios tendrán señalado, para su realización, un lugar fijo.

Por último, es importante subrayar la importancia de la cláusula 45, consistente en el nombramiento de jueces y otros empleados de la justicia que sean profesionales conocedores de las leyes: “*No haremos jueces, constables, sheriff, ni bailios sino a quienes conozcan la ley del reino y la quieran observar rectamente*”⁹⁴.

3. LOS TEXTOS MEDIEVALES ESPAÑOLES.

Son numerosos los fueros medievales españoles - anteriores a la *Charta Magna* inglesa- que se pueden nombrar por su interés. Así, el *Fuero de León* de 1020, los *Fueros de Jaca* de 1064, 1134 y 1187, el *Fuero de Nájera* de 1076, el *Fuero de Burgos*, del mismo año, el *Fuero de Toledo* de 1085, el *código de los Usatges*, promulgado en 1086 por Ramón Berenguer I,⁹⁵ el *Fuero de Zaragoza* de 1115, el de *Calatayud* de 1120, el *Privilegio* concedido por Alfonso I a la ciudad de Tudela ya otros pueblos en 1122, el *Fuero de Daroca* de 1142 y el *Fuero de Puebla de Arganzón* de 1195⁹⁶.

En los textos medievales españoles encontramos, junto al reconocimiento de derechos, importantes garantías procesales.

⁹² Biscaretti, P.: *Op. Cit.*, p. 666 nota 2. Stanka, R.: *Die Menschenrechte. Ihre Geschichte und ihre Problematik*, Viena, 1954, p. 14. Bodenheimer, E.: *Teoría del Derecho*, 3ª Ed., 1ª Reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 1971, pp. 233-234. Claude, R.P.: *Art. Cit.*, p. 12. Hübner Gallo, J.I.: *Op. Cit.*, p. 27.

⁹³ Alzamora Valdez, M.: *Op. Cit.*, p. 31. Torrelli, M, Baudouin, R.: *Op. Cit.*, p. 32.

⁹⁴ Alzamora Valdez, M.: *Op. Cit.*, p. 31.

⁹⁵ Para Salvador Giner, que sigue las tesis de Valls y Taberner, los *Usatges* “*son el primer monumento jurídico europeo que establece limitaciones, da garantías y combate la arbitrariedad del gobernante*”. Cfr. *Op. Cit.*, p. 126. La tesis contraria es la sustentada por Castañeda, que defiende la idea de que Castilla era más adelantada que Cataluña - mucho más arcaica y feudal- en materia de libertades, llegando a afirmar que “*gracias a la influencia castellana obtuvo Cataluña tan esenciales modificaciones en su régimen social, que lo modificó en absoluto y del que puede enorgullecerse Castilla, pues de un pueblo sometido constituyó e hizo un pueblo libre...*”. Castañeda y Alcocer, V.: *Art. Cit.*, p. 532.

⁹⁶ Hübner Gallo, J.I.: *Op. Cit.*, p. 25. Guallart y López de Goicoechea, J.: *El Derecho español de la compilación de Huesca de 1247*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Zaragoza, separata del *Anuario de Derecho Aragonés*, Vol. IV., 1948, p.24.

En las Cortes de Valladolid de 1325 Alfonso XI establece el derecho a ser oído en juicio: “*Otrosí a lo que me pidieron por merced que non mande matar nin prender nin lisiar nin despechar nin tomar a ninguno cosa ninguna de lo suyo sin ser ante llamado e oydo o vencido por fuero e por derecho por querellas nin por querellas que den dél. A esto respondo que tengo por bien de non mandar matar nin lisiar nin despechar nin tomar a ninguno ninguna cosa de lo suyo sin ser antes oydo e vencido por fuero e por derecho. Otrosí, de non mandar prender a ninguno sin guardar su fuero e su derecho de cada uno*”⁹⁷.

Otra institución básica de la Edad Media es *La Paz de Dios*, que luego se seculariza y se convierte en *La paz de del rey*⁹⁸.

El derecho de rebelión está representado en Castilla mejor que en Aragón, con el recurso existente del *Justiciazgo* o que en Inglaterra, mediante el *Consejo de los Veinticinco Barones*, de la *Charta Magna*. En este aspecto hay que citar el *Pacto de la Hermandad de los Nobles y Concejos de León, Castilla y Galicia*, con el Infante Sancho, hijo de Alfonso X, que lleva fecha de 1282. En él viene reconocido el derecho de insurrección contra los desafueros del rey. Esto mismo se repite en lo que podríamos llamar -nos dice el historiador Rafael Altamira - programas políticos de otras *Hermandades* del siglo XIII, como las de 1295 (villas de Castilla y reinos de León y Galicia), confirmadas por el rey Fernando IV, y la *Concordia* de 1463, que declara el derecho de hacer la guerra al rey sin incurrir en pena en el caso de que procese a nobles eclesiásticos en forma distinta a la establecida en aquélla⁹⁹.

El derecho de rebelión tuvo, a partir de los pensadores de los siglos XVI y XVII, un gran desarrollo doctrinal. De todos ellos destaca el padre Juan Mariana, considerado por no pocos autores como un pensador humanista precursor del constitucionalismo.¹⁰⁰

3.1. EL FUERO DE LEÓN.

Sin embargo, es sólo a finales del siglo XII cuando las declaraciones empiezan a tener un carácter más concreto. Y el primer gran texto en que este fenómeno se produce es el *Ordenamiento de León* de 1188¹⁰¹. Al subir al trono Alfonso IX

⁹⁷ Beneyto Pérez, J.: *Textos políticos...Op. Cit.*, p. 88. Celaya, A.: *Art. Cit.*, p. 75 nota 8.

⁹⁸ Vid. Wolhaupter: *Studien zur Geschichte des Gottes und Landfrieden in Spanien*, Heidelberg, 1932. Beneyto, J.: *Los orígenes...Op. Cit.*, pp. 261-263.

⁹⁹ Altamira, R.: *Art. Cit.*, pp. 161-162.

¹⁰⁰ Mariana, J.: *La dignidad real y la educación del rey*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.

¹⁰¹ García Gallo, A.: *El origen y la evolución del derecho ...Op. Cit.*, Vol. I, p. 619.

como Rey de León, celebra una asamblea en la que, junto a la nobleza eclesiástica y laica, figuran representantes de las ciudades. En ella aprueba una serie de disposiciones pactadas, que reciben el nombre de *Ordenamiento de León* o también *Decretos de la Curia de León* y que usualmente ha venido a ser denominada *Carta Magna Leonesa*, por analogía con la obtenida por los barones ingleses del rey Juan sin Tierra¹⁰².

Este texto es, sin duda, entre los documentos españoles anteriores a la Carta Magna inglesa, el que tiene mayor interés¹⁰³. Algún autor ha afirmado, en este sentido, que “*la Carta Magna española no sólo supera en antigüedad a la inglesa, sino también en sentido democrático, como se diría en palabras de hoy*”¹⁰⁴. No obstante, la Carta Magna leonesa es, por así decirlo, inferior a la inglesa en que mientras ésta tuvo una continuidad, aquélla no tuvo esa permanencia y cayó en el olvido, no siendo confirmada por los reyes posteriores¹⁰⁵.

En la Carta se reconocen una serie de derechos, tales como el de propiedad¹⁰⁶. En virtud del Fuero, el rey prohíbe allanar o destruir la morada, viñas o árboles de sus súbditos bajo la amenaza de la pena de pagar los daños, incurrir en desgracia real y perder la tierra o el beneficio que se tuviera.

El derecho a la inviolabilidad del domicilio viene reconocido en el *Fuero de León* – y también en el *Fuero de Cuenca* de 1189 a través de la institución de la paz de la casa, por virtud de la cual existía exención total de pena corporal y de indemnización pecuniaria para aquellos que, al oponerse al allanamiento de morada, matasen a los agresores¹⁰⁷.

Por otra parte, el rey promete no acordar la paz ni hacer la guerra sin contar con el consejo del clero, de la nobleza laica y de los representantes de las ciudades¹⁰⁸.

También establece el *Fuero* una serie de garantías procesales para asegurar el cumplimiento imparcial de la justicia y evitando cohechos. “*Determinó que todos*

¹⁰² Gibert, R.: *Historia General del Derecho español*, Madrid, 1974, p. 24.

¹⁰³ Alzamora Valdez, M.: *Op. Cit.*, p. 39

¹⁰⁴ Jiménez de Asúa, L.: *Op. Cit.*, p. 386. Hübner gallo, J.I.: *Op. Cit.*, p. 26. Castán Tobeñas, J.: *Op. Cit.*, p. 87.

¹⁰⁵ Gibert, R.: *Op. Cit.*, pp. 24-25.

¹⁰⁶ González, J.: *Op. Cit.*, p. 50. Muñoz Romero: *Op. Cit.*, pp. 102-104. Jiménez de Asúa, L.: *Op. Cit.*, p. 385. Castán Tobeñas, J.: *Op. Cit.*, pp. 86-87.

¹⁰⁷ Alcalá Zamora, N.: *Op. Cit.*, p. 24. Vid. También *Veinte años...Op. Cit.*, p.282. Del mismo autor: *Instituciones judiciales y procesales del Fuero de Cuenca* en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, Nº 47-48, Enero-Diciembre de 1950, p. 311.

¹⁰⁸ González, J.: *Op. Cit.*, p.50. Jiménez Asúa, L.: *Op. Cit.*, p. 385. Gibert, R.: *Op. Cit.*, p. 24.

los jueces de su reino, previo juramento, no recibiesen regalo alguno de nadie, ni pequeño ni grande, pues el mismo monarca daba a todos ellos remuneración “abundante, a expensas del tesoro real”¹⁰⁹. Todo ello supuso un gran avance respecto de la situación de la justicia vivida durante el reinado de los monarcas anteriores¹¹⁰.

Otra garantía procesal importantísima venía reconocida a través del derecho a no ser condenado sin previamente ser oído “si bien que referida directamente a las ofensas o agravios declarados contra el rey”¹¹¹.

Además, el *Fuero de León* prohibía la privación de libertad sin mandamiento de juez competente, salvo en caso de delito flagrante¹¹². Establecía, por otra parte, un procedimiento especial para el caso de denegación de justicia¹¹³.

En los reinos de León y Castilla se produce un hecho de extraordinaria importancia –hecho que no es tan evidente en otros reinos españoles y de más arriba de los Pirineos-, que consiste en que los siervos se van haciendo libres. La repoblación es el factor decisivo en lo que hace referencia al reconocimiento progresivo de los derechos de los siervos. En efecto, la emancipación de los siervos está vinculada al proceso histórico de la reconquista. A medida que se van conquistando tierras a los musulmanes, los reyes ven la necesidad de repoblar y cultivar las tierras de las ciudades fronterizas. Para ello conceden a los siervos la libertad y se les reconoce una serie de derechos a los que vayan a habitarlas. De este modo, muchos siervos huyen de sus señores¹¹⁴. Eso crea un efecto altamente positivo para los siervos que permanecen bajo el dominio de sus señores, porque éstos, ante el temor de que sus tierras sean abandonadas, se ven forzados a conceder a sus siervos una serie de garantías y exenciones, llegando con el tiempo a convertirse en hombres libres¹¹⁵ y con posibilidad de adquirir tierras.¹¹⁶ Se van formando, de este modo, nuevos grupos sociales que ya no tienen nada que ver ni con el régimen feudal no con el régimen señorial¹¹⁷.

¹⁰⁹ González, J.: *Op. Cit.*, p. 50. Gibert, R.: *Op. Cit.*, p. 24.

¹¹⁰ González, I.: *Op. Cit.*, p.375.

¹¹¹ *Ibidem*

¹¹² Beneyto, J.: *Los orígenes...Op. Cit.*, pp. 286-287.

¹¹³ Alcalá Zamora, N.: *La protección...Op. Cit.*, p. 24. También en *Veinte años...Op. Cit.*, p. 282. Del mismo autor: *Instituciones judiciales y procesales del Fuero de Cuenca en Revista Nacional de Jurisprudencia*, Nº 47-48, Enero-diciembre 1950, p. 311.

¹¹⁴ García Gallo, A.: *Las instituciones sociales en España en la Alta Edad Media (siglos VIII-XII)*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1945, p. 82. Sánchez Albornoz, C.: *Viejos y nuevos estudios sobre las instituciones medievales españolas*, Espasa Calpe, Madrid, 1976, Vol. II, pp. 761-762.

¹¹⁵ García Gallo, A.: *Op. Cit.*, p. 15.

¹¹⁶ Véase, por ejemplo, la *Carta Puebla de Logroño* del año 1095 en Beneyto Pérez, J.: *Textos políticos españoles...Op. Cit.*, p. 85.

¹¹⁷ García Gallo, A.: *Op. Cit.*, pp. 16-17.

3.2. EL PRIVILEGIO GENERAL DE ARAGÓN.

En el reino de Aragón – y más concretamente en el *Privilegio General* de 1283- encontramos el otro gran documento de garantía de las libertades medievales en España. Incluso ha sido considerado el *Privilegio* como la protección más valiosa de los derechos humanos en ese país¹¹⁸. En cierta medida incluso supera a la *Charta Magna* inglesa, ya que en ésta las garantías procesales tenían un sentido especialísimo: iban referidas concretamente a la “paz y libertades” concedidas y declaradas en la *Carta*. En Aragón – y esto sucede también en los fueros castellanos -, por el contrario, las garantías procesales abarcaban a todos los casos posibles de contrafuero por parte del rey y de sus funcionarios¹¹⁹.

El *Privilegio General* fue otorgado por el rey Pedro III en las primeras Cortes de Zaragoza como consecuencia de la reclamación de las Cortes de Tarazona y del consiguiente levantamiento de las diversas clases sociales¹²⁰. En el año 1235 se hizo una declaración y aumento del *Privilegio General*, especialmente que no habría tormento, porque constituía contrafuero, a no ser por delito de moneda falsa, y esto todavía contra personas extrañas al reino, vagabundos o viles¹²¹. En el año 1348 el rey Pedro IV, en las Cortes de Zaragoza, después de mantener una sangrienta lucha con la Hermandad de la Unión, y no obstante haberla derrotado, realiza la *Confirmación del Privilegio General*, con lo cual viene a confirmar su vigencia¹²².

Como institución fundamental del Derecho aragonés hay que mencionar, en primer lugar al *Justicia Mayor*. El Justicia garantizaba el gran principio –propio de la Constitución aragonesa, como también lo fue de la tradición política inglesa – de la sumisión del rey y de las clases sociales al Derecho¹²³.

El Justicia Mayor podía ejercer el *Contrafuero* – precedente del moderno *recurso de constitucionalidad* – contra aquellas disposiciones del poder real que vinieran a violar las franquicias del pueblo reconocidas en el *Fuero*¹²⁴. El control que el Justicia tenía sobre los actos del rey y de los funcionarios se realizaba incluso desde el mismo momento de la toma de posesión de la Corona por parte del rey. Antes de poder ejercer jurisdicción, los reyes aragoneses juraban de una

¹¹⁸ Alzamora Valdez, M: *Op. Cit.*, p. 30.

¹¹⁹ Altamira, R.: *Art. Cit.*, pp. 162-163. Castán Tobeñas, J.: *Op. Cit.*, pp. 88 y ss.

¹²⁰ Castán Tobeñas, J.: *Op. Cit.*, pp. 88-89.

¹²¹ Gibert, R.: *Op. Cit.*, p. 82.

¹²² Castán Tobeñas, J.: *Op. Cit.*, p. 89.

¹²³ Castán Tobeñas, J.: *Op. Cit.*, p. 92. Alcalá Zamora, N.: *Op. Cit.*, pp. 24-25.

¹²⁴ Castan Tobeñas, J.: *Op. Cit.*, p.92. Santamaría de Paredes: *Op. Cit.*, p. 591. Fairén Guillén, V.: *Los procesos aragoneses...Art. Cit.*, p. 347.

forma pública y solemne el respeto de los fueros, privilegios y libertades, usos y costumbres del reino¹²⁵; acto que se realizaba en presencia del *Justicia Mayor*. Además correspondía al *Justicia* la función de interpretación y declaración de los fueros¹²⁶.

Los dos procedimientos más importantes a través de los cuales se desarrollan las atribuciones del *Justicia Mayor* son la *Firma del Derecho* y la *Manifestación o Juicio de Manifestación*.

La *Firma del Derecho* venía a garantizar al reo el no poder ser preso en cuanto a su persona, ni despojado de la posesión de sus bienes, hasta que hubiese sentencia en el correspondiente juicio¹²⁷.

El *Juicio de Manifestación* impedía que una persona pudiera estar detenida sin juicio o bien por un juez que no fuera el competente. Era, pues, una institución semejante al *Habeas Corpus* inglés¹²⁸.

La *Manifestación de Justicia* consistía en que el *Justicia* daba una orden dirigida a la autoridad que tuviera bajo su poder a una persona detenida para que se la entregasen, de tal modo que si el *Justicia* consideraba que esa detención estaba ajustada a Derecho, a lo prescrito por el *Fuero*, devolvía al preso; pero si, por el contrario, el procesamiento o detención era ilegal, ponía al reo en libertad¹²⁹.

CONCLUSIÓN

De lo expuesto en el trabajo se pueden extraer, entre otras, las siguientes conclusiones:

1º Aunque en la Edad Media no podemos encontrar la formulación de declaraciones de derechos humanos pues éstas empiezan a redactarse y publicarse, con carácter universal, a partir de los últimos años del siglo XVIII, si podemos ob-

¹²⁵ Fairén Guillén, V.: *Art. Cit.*, p. 352.

¹²⁶ Fairén Guillén, V.: *Art. Cit.*, p. 356. Alzamora Valdez, M.: *Op. Cit.*, p. 30. Gibert, R.: *Op. Cit.*, p. 83.

¹²⁷ Castán Tobeñas, J.: *Op. Cit.*, p. 90. Santamaría de Paredes, *Op. Cit.*, p. 591. Fairén Guillén, V.: *Art. Cit.*, pp. 363 y ss.

¹²⁸ Castán Tobeñas, J.: *Op. Cit.*, pp. 90-91. Alzamora Valdez, M.: *Op. Cit.*, p. 30. Alcalá Zamora, N.: *Op. Cit.*, p. 24. Sainz de Tejada: *El derecho de manifestación aragonés y el Habeas Corpus inglés*, Madrid, s. f. 1956. García Ruiz, J.L.: *El recurso de amparo en el Derecho español*, Editora Nacional, Madrid, 1980, p. 44.

¹²⁹ Fairén Guillén, V.: *Art. Cit.*, pp. 371-372. Vid. también, del mismo autor: *Consideraciones sobre el proceso aragonés de Manifestación de personas en relación al Habeas Corpus británico* en *Revista de Derecho Procesal (Publicación Iberoamericana y Filipina)*, 1963, I, pp. 9-47. *El proceso foral de Manifestación de personas (Conferencia dada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM el 25 de Abril de 1969)*. *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, México, 1971. *Temas del ordenamiento procesal*, T. I., Madrid, 1969, pp. 131 y ss.

servar la existencia de elementos normativos que, con el trascurso de los siglos, se convertirán en elementos clave de las modernas declaraciones de derechos, incluidas las declaraciones constitucionales.

2º Aunque la opinión dominante en la doctrina hace sólo referencia al *Bill of Rights*, del año 1215, se puede afirmar que en Europa podemos encontrar elementos normativos relevantes que son, incluso, anteriores al texto inglés citado. Es el caso, por ejemplo, del *Fuero de León*, de 1188.

3º En varios países europeos, tales como Francia, Italia o España encontramos importantes precedentes medievales

4º En esos textos encontramos los primeros indicios del principio de legalidad, de la publicidad normativa como garantía de los derechos, el comienzo de algunos derechos, como la inviolabilidad del domicilio o, incluso, el comienzo de algunas garantías procesales del detenido, como el *habeas corpus* o el derecho a un juicio justo e imparcial.

REFERENCIAS

Alcalá Zamora, N.: *La protección procesal internacional de los derechos humanos*. Madrid: Civitas, 1975.

Altamira, R. *La Magna Carta y las libertades medievales en España* en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Año I. Madrid, 1918.

Alzamora Valdez, M. *Los derechos humanos y su protección*. Lima: Jius, 1977.

Battaglia, F. *Declaraciones de derechos* en *Estudios de Teoría del Estado*, Prólogo de Luis Legaz Lacambra. Bolonia: Studia Albornotiana, 1966.

Beneyto Pérez, J. *Ideas políticas en la Edad Media*. 2ª Edición Madrid: Ediciones Fe, 1942.

Bohne. *Die Magna Charta von 1215 und das Strafgesetzlichen Analogie Verbot* en *Festschrift für H. Lehmann*, 1937.

Burdeau, G. *Les libertés publiques*, 4ª edición. Paris: L.G.D.J., 1972.

Castán Tobeñas, J. *Los derechos del hombre*, 2ª Edición. Madrid: Reus, 1976, p. 94.

Castañeda y Alcocer, V. *Libertades medievales (Cataluña-Castilla)* en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Año II, Madrid, 1919.

Claude, Richard-Pierre. *The Western tradition of Human Rights in Comparative Perspective* en *Comparative Juridical Review*, Vol XIV, Coral Gables, Florida, 1977.

Colliva, P. *Rechtstaatlichkeit in Mittelalter* en *Internationales Colloquium über Menschenrechte*. Berlin, Büxenstein: GmbH, 1968.

Cores Trasmonte, B. *Declaración de derechos* en *Diccionario de Ciencias Sociales*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975, Vol. I.

Croce, B. *Los derechos humanos y la situación histórica presente* en *Varios: Los derechos del*

hombre, 2ª edición. Buenos Aires: Laia, 1973.

Cuello Calón, E. *Derecho Penal*. Vol. I. 14 ed. Barcelona: Bosch, 1964.

Darmor, J. *A travers les grands déclarations en Revue de l'Action Populaire*. Paris, Enero de 1964.

De la Chapelle, Ph. *La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et le catholicisme*. Paris: L.G.D.J., 1967.

Elías de Tejada, F. *Los fueros como sistema de libertades políticas concretas en Arbor*, N° 93-94, Tomo XXVI, Madrid, Septiembre-Octubre de 1953.

Erasmus de Rotterdam. *La educación del príncipe Cristiano*. Madrid: Tecnos, 2007.

Fairén Guillén, V. *Los procesos aragoneses medievales y los derechos del hombre en Anuario de Derecho Aragonés. Volumen Homenaje a la Memoria de Mariano Alonso y Lambán*, Tomo XIV, (1969-89), Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Zaragoza, pp. 387 y ss. Artículo también publicado en *Revista Argentina de Derecho Procesal*, Abril- Junio de 1969.

Figuerola, Mª A. *Apuntes sobre el origen de las garantías de los derechos humanos en la legislación hispano-chilena en Estudios de Historia de las Instituciones Políticas y Sociales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1968.

García Gallo, A. *Las instituciones sociales en España en la Alta Edad Media (siglos VIII-XII)*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1945.

García Gallo, A. *Manual de Historia del derecho español, I. El origen y la evolución del Derecho*. 2ª Ed. Madrid, 1964.

García Gallo, A. *Manual de Historia del Derecho español*. T. II: *Antología de fuentes del Derecho español*, 2ª Edición. Madrid, 1964.

García Iturriaga, M. *Las libertades públicas en la sociedad actual*. 1ª Edición. Madrid: Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, 1979.

García Pelayo, M. *Derecho constitucional comparado*. Madrid, 1950.

Gil-Robles, J.Mª. *Por un Estado de Derecho*. Barcelona: Ariel, 1969.

Giner, S. *Historia del pensamiento social*. Barcelona: Ariel, 1967.

Gómez Arboleya, E. *La sociedad moderna y los comienzos del saber sociológico en Anuario de Filosofía del Derecho*. Madrid, 1954.

Guallart y López de Goicoechea, J. *El Derecho español de la compilación de Huesca de 1247*. Separata del Anuario de Derecho Aragonés. Vol. IV. Zaragoza: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1948.

Haro Tecglen, E. *Los derechos humanos a través de la historia en varios: Los derechos humanos*. Madrid: Ayuso, 1976.

Hilton, R. *Siervos liberados. Los movimientos campesinos medievales y el levantamiento inglés de 1381*. Madrid: Siglo XXI, 1978.

Irujo Olló, Manuel. *Inglaterra y los vascos*. 2ª Edición. Tafalla: Ekin, 2004.

Izaga, M. *Elementos de Derecho Político*. 2ª Ed. Barcelona: Bosch, 1952.

Kant, I. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. México: Porrúa, 1990. KANT, I. *Teoría y praxis*. Buenos Aires: Editorial Leviatán, 1984.

- Legaz Lacambra, L. *Filosofía del Derecho*. 2ª Ed. Barcelona: Bosch, 1960.
- Lima Torrado, J. *El pensamiento de Luis Vives en cuanto que precursor del personalismo comunicativo en Guzmán Dalbora, José Luis (Coordinador): Nos ad justitiam esse natos. Centenario de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso*. Vol. 2. Valparaíso, 2011.
- Lima Torrado, J. *Luces y sombras en la Filosofía de Kant. Análisis desde una teoría crítica del Derecho de la antítesis entre personalismo y racismo: un obstáculo para su consideración como precursor de los derechos humanos en Dantas da Silva Passos, Jaceguara, Martins Amaral, Ana Paula: Coletânea de Direito Constitucional*. Campo Grande: Editorial Alvorada, 2011.
- Locke, J. *Ensayo sobre el gobierno civil*. Madrid: Aguilar, 1981.
- Mariana, J. *La dignidad real y la educación del rey*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1981.
- Mezger, E. *Tratado de derecho penal*. Madrid: T. I., 1955.
- MORO, T. *Un hombre sólo. Cartas desde la torre*. Madrid: Rialp, 1968.
- Moro, T. *Utopía*. Madrid: Alianza, 1994.
- Novoa Monreal, E. *Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos*. México: Siglo XXI, 1979.
- Núñez Encabo, M. *Introducción al estudio del Derecho (I)*. Madrid: Alhambra, 1978.
- Ortiz García, A. *Estudio preliminar a la obra de C.K.: Allen Las fuentes del Derecho inglés*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1969.
- Ossorio, M. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1978.
- Pérez Serrano, N. *La evolución de las declaraciones de derechos. Discurso de apertura del curso 1950-1951 en la Universidad de Madrid*. Madrid, 1950.
- Pérez-Luño, A.E. *El proceso de positivación de los derechos fundamentales en Varios: Los derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1979.
- Peteri, Z. *The Golden Bull of Hungary and the problem of Human Rights en Essays in Honor of Felix Frankfurter*, 1966.
- Portalís, J.E. H. *Discurso preliminar del proyecto de código civil francés*, Trad., prólogo y notas de M. de Rivacoba y Rivacoba. Valparaíso: Edeval, 1978.
- Riaza, R. *Los orígenes españoles de las declaraciones de derechos en Anales de de la Universidad de Madrid*. Tomo V. Cerdá Ruiz Funes, p. 16. J. *Consideraciones sobre el hombre y sus derechos en las "Partidas" de Alfonso X El Sabio*. Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1967.
- Robertson, A.H. *Some reflexion on the History of Human Rights en Mélanges Modinos*. Paris: A. Pedone, 1968.
- Rodriguez Mourullo, G. *Legalidad (Principio de) en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*. Vol. XIV. Barcelona, 1971.
- Rovetta Klyver, F. *El descubrimiento de los derechos humanos*. Madrid: IEPALA, 2008.
- Ruiz del Castillo, C. *Manual de Derecho político*. Madrid: Reus, 1939, p.320. Novoa Monre-

al, E. *El Derecho como obstáculo al cambio social*. México: Siglo XXI, 1975.

Sánchez Albornoz, C. *Sensibilidad política del pueblo castellano en la Edad Media en Revista de la Universidad de Buenos Aires*, N° 5, 1948.

Sánchez Albornoz, C. *Viejos y nuevos estudios sobre las instituciones medievales españolas*. Vol. II. Madrid: Espasa Calpe, 1976.

Sánchez Agesta, L. *Derecho Constitucional comparado*. 2ª Ed. Madrid: Editora Nacional, 1965.

Schneider, Hans Peter. *Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático en Revista de Estudios Políticos*, N° 7, Madrid, Enero-Febrero de 1979.

Sevilla Andrés, Diego. *Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*. Vol. I. Madrid: Editora Nacional, 1969.

Smith, A. *Lecciones sobre jurisprudencia (curso 1762-3)*. Granada: Editorial Comares, 1995.

Torrelli, M. y Boudouin, R. *Les Droits de l 'Homme et les libertés publiques par les textes*. Québec: Les Presses Universitaires de Québec , 1972.

Von Keller, R. *Freiheitsgarantien für Person und Eigentum im Mittelalter. Eine Studie zur Vorgeschichte moderner Verfassungsgrunrechte*. V. Santamaría de Paredes: Heidelberg, 1933.

Webster, Wentworth. *Influencia de los fueros pirenaicos en la constitución inglesa en Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, VII. Madrid, 1883.

Welzel, Hans. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid: Aguilar, 1974.

Wholhaupter, E. *La importancia de España en la Historia de los derechos fundamentales (Conferencia en el Centro de Intercambio Cultural Germano Español)*, Madrid, 1930.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA DE 1976

FUNDAMENTAL RIGHTS IN PORTUGUESE CONSTITUTION OF 1976

Jorge Bacelar Gouveia

Agregado e Doutor em Direito e Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e da Universidade Autónoma de Lisboa.
Diretor do CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade.
Endereço: Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal.

Resumo: A Constituição Portuguesa de 1976 – a sexta lei magna de Portugal e que representa o novo Constitucionalismo Democrático e Social trazido pela Revolução dos Cravos de 25 de Abril de 1974 – apresenta como um dos seus pilares fundamentais o sistema de direitos fundamentais, no qual são evidentes mudanças profundas não apenas numa conceção pluralista e aberta do catálogo dos direitos fundamentais positivado como também na efetividade da sua proteção jurídica contra a subversão que muitas vezes os poderes infraconstitucionais tentam operar no sentido de boicotar a sua realização prática.

Palavras-chave: Constituição; Estado de Direito; Direitos fundamentais; Direitos, liberdades e garantias; Direitos sociais; Dignidade da pessoa humana.

Abstract: The Portuguese Constitution of 1976 -the sixth magna law of Portugal and representing the new Social Democratic Constitutionalism brought by the Carnation Revolution of April 25, 1974 - presents as one of its fundamental pillars the fundamental rights system, in which profound changes are evident not only in a pluralistic and open design of the fundamental rights positivated catalog as well as on the effectiveness of their legal protection against subversion that often infra constitutional powers try to operate to boycott their practical implementation.

Keywords: Constitution; Rule of law; Fundamental rights; Rights, freedoms and guarantees; Social rights; Dignity of the human person.

Sumário: 1. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976 – Aspectos Substantivos. 1.1. A concepção pluralista dos direitos fundamentais. 1.1.1. A inicial teoria liberal dos direitos fundamentais e as suas novas teorias explicativas do século XX. 1.1.2. A teoria material acolhida pela Constituição Portuguesa.

1.1.3. A decomposição do global conceito de direito fundamental e as realidades dele excluídas. 1.1.4. A densificação do elemento material do conceito de direito fundamental na Constituição Portuguesa – propostas e posição adoptada. 1.2. A posição constitucional, tipológica e aberta dos Direitos Fundamentais. 1.2.1. A abertura dos direitos fundamentais a outros patamares da Ordem Jurídica. 1.2.2. O acerto da opção pela tipificação constitucional dos direitos fundamentais. 1.2.3. A relevância autónoma dos direitos fundamentais atípicos e os seus problemas específicos. 1.2.4. A construção dogmática dos direitos fundamentais atípicos. 1.3. A *summa divisio* entre os direitos, liberdades e garantias e os direitos económicos, sociais e culturais. 1.3.1. A insuficiência dogmática de um critério constitucional puramente formal-sistemático. 1.3.2. A pluralidade de concepções a respeito dos direitos, liberdades e garantias. 1.3.3. Posição adoptada na definição do conceito de direito, liberdade e garantia e a sua aplicação prática. 1.3.4. A categorização específica dos direitos fundamentais “análogos” como direitos não enumerados. 1.4. O quadro geral dos direitos fundamentais na Constituição Portuguesa. 1.4.1. Os direitos fundamentais típicos e enumerados do título II. 1.4.2. Os direitos fundamentais típicos e enumerados do título III. 1.4.3. Os direitos fundamentais típicos não enumerados. 1.4.4. Os direitos fundamentais extra-documentais. 2. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976 – Aspectos Adjetivos. 2.1. O princípio da universalidade. 2.2. O princípio da igualdade. 2.3. O exercício jurídico dos direitos fundamentais. 2.3.1. A regulação do exercício dos direitos fundamentais e as suas modalidades e funções. 2.3.2. A regulação constitucional e extra-constitucional. 2.4. As limitações implícitas do exercício dos direitos fundamentais. 2.5. Os limites internos dos direitos fundamentais. 2.6. Os limites externos dos direitos fundamentais. 2.7. Os direitos fundamentais absolutos. 2.8. A tutela dos direitos fundamentais. 2.8.1. A tutela não contenciosa e o papel do Provedor de Justiça. 2.8.2. A tutela contenciosa. Referencias.

1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA DE 1976 – ASPETOS SUBSTANTIVOS¹

1.1. A CONCEPÇÃO PLURALISTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Numa *lógica material*, coloca-se o problema de saber qual o critério unificador dos direitos fundamentais, assim se encontrando a chave que permita identificar um denominador comum dentro de toda uma variedade de posições jurídicas, válido como critério hermenêutico, mas igualmente válido como critério legiferante.

¹Sobre toda esta matéria em geral, v., por todos, Jorge Bacelar Gouveia, *Manual...*, II, pp. 1070 e ss.

Este é um problema que não suscita peculiares dúvidas no plano da Teoria do Direito Constitucional, sendo certo que aí é possível acomodar um conceito de direito fundamental que se apresente minimamente adaptável à evolução de dois séculos de Constitucionalismo, em que muito aconteceu e muito se diversificou, bastando pensar nas gerações de direitos fundamentais que se foram sucedendo.

Mas já no plano da Dogmática do Direito Constitucional se levanta um problema adicional, que é o de, perante um dado texto constitucional, se visualizar um conceito comum e, sobretudo, explicativo de todos os tipos de direitos fundamentais que se possam apresentar.

É assim que surge a ideia de que o texto constitucional não chamou “direitos fundamentais” a quaisquer posições subjectivas de um modo arbitrário, antes o determinou com base num critério racional, que explica as escolhas feitas e justifica outras que não foram feitas.

A relevância deste problema igualmente se coloca no plano da extensão do catálogo de direitos fundamentais, sendo certo que o texto constitucional português obedece a mecanismos de abertura que se fundam nesse mesmo critério.

1.1.1. A INICIAL TEORIA LIBERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS SUAS NOVAS TEORIAS EXPLICATIVAS DO SÉCULO XX

Este não é, porém, um problema de agora e tem-se desenvolvido ao sabor do aparecimento de teorias que se vão afirmando explicativas das tipologias de direitos fundamentais, paralelamente ao ritmo das gerações que se foram cumulando.

O Constitucionalismo Liberal fez vingar a *teoria liberal*, caracterizada pelos direitos de liberdade e pelas liberdades públicas, todos dominados por uma ideia de abstenção do Estado em relação à Sociedade e à Economia.

Paralelamente, no plano da fundamentação do Estado e do Poder, todos assentavam numa concepção jusnaturalista, eivada do espírito do juracionalismo e do contratualismo da Ilustração do século XVIII, com as necessárias consequências da universalidade, inalienabilidade e imprescritibilidade dos direitos fundamentais².

Com o século XX, as teorias densificadoras dos direitos fundamentais multiplicaram-se, em resultado da diversificação dos problemas postos à governação, avançando também algumas concepções positivistas:

A *teoria socialista*, bem plasmada nos sistemas constitucionais de inspiração soviética, em que os direitos fundamentais, de cunho social e económico, se

²Cfr. Reinhold Zippelius, *Teoria Geral do Estado*, 3ª ed., Lisboa, 1997, pp. 436 e 437.

colocavam ao serviço de uma ideologia única e de uma ditadura colectivista de esquerda.

A *teoria fascista*, constante dos sistemas constitucionais fascistas, em que os direitos fundamentais assumia uma relevância social-corporativa, indexados ao Estado segundo uma concepção organicista do poder político, com ausência de pluralismo político, ainda que se consagrando direitos de natureza económica e social.

A *teoria social*, em directa decorrência da Questão Social e do intervencionismo económico e social, defendendo a existência de direitos sociais, num contexto de sistema político democrático pluralista e de economia de mercado, se bem que socialmente limitado por diversos mecanismos de intervenção pública.

A *teoria democrática*, fundada numa certa obsessão, na Alemanha do pós-guerra, com a preservação, por dentro, da democracia política, depois do trauma que o regime nacional-socialista infligiu na sociedade alemã.

1.1.2. A TEORIA MATERIAL ACOLHIDA PELA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA

Olhando para a Constituição da República Portuguesa de 1976 (CRP), o único índice que podemos encontrar é o reconhecimento da necessidade de um conceito material de direito fundamental, pois que é através dele que podemos operacionalizar a abertura do sistema constitucional de direitos fundamentais³.

Simetricamente, o inverso tem razão de ser, ainda que se admita ter poucas consequências práticas: haver direitos fundamentais como tal qualificados pelo texto constitucional, mas que não possam adequar-se ao critério material que procede à respectiva definição.

O preceito fulcral, como pudemos observar para a abertura do catálogo constitucional do mesmo, é aquele em que se afirma que “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de Direito Internacional”⁴.

Só que em vão o texto constitucional fornece a substanciação de tal critério, pelo que só resta lá chegar através da análise, nem sempre muito elucidativa, de diversos índices presentes, essencialmente a partir dos princípios constitucionais, de entre eles o da dignidade da pessoa humana e o da democracia política.

³ Quanto ao conceito de direito fundamental Constituição da República Portuguesa de 1976 (CRP), v., por todos, Marcelo Rebelo de Sousa, *Direito Constitucional I – Introdução à Teoria da Constituição*, Braga, 1979, pp. 178 e ss.

⁴ Art. 16º, nº 1, da CRP.

1.1.3. A DECOMPOSIÇÃO DO GLOBAL CONCEITO DE DIREITO FUNDAMENTAL E AS REALIDADES DELE EXCLUÍDAS

A indicação, por parte do texto constitucional, de uma categoria de direitos fundamentais pressupõe que a primeira opção se exerça no *conceito de direito fundamental* que cobre essa classe.

Assim se estabelece uma *summa divisio* com o restante grupo de figuras e instituições afins, abrangidas no articulado constitucional impregnado de direitos fundamentais⁵.

Isso só se obterá, porém, através da respectiva formulação, podendo chegar-se ao resultado fornecido pelo conceito de direito fundamental, nos seus três elementos: i. o *elemento subjectivo* – implicando a subjetivação nas pessoas e não segundo normas organizatórias e objectivas, pessoas essas integradas no Estado-Comunidade, por contraposição ao Estado-Poder, que actua através dos seus agentes e titulares de órgãos; ii. o *elemento material* – retratando uma vantagem, não uma obrigação ou dever, relacionada com um valor ou um bem que se afigura constitucionalmente protegido e iii. um *elemento formal* – ancorando essa posição no Direito Constitucional, com as características de supremacia e rigidez que definitivamente o individualizem no seio da Ordem Jurídica⁶.

Dele se crê que devam ficar excluídas, regra geral, as *garantias fundamentais*, assim como todas as restantes figuras afins dos direitos fundamentais, numa tarefa que, no entanto, não se revela de grande precisão e, ao invés, sendo bem árdua.

Há desde logo preceitos que nem sequer corporizam quaisquer posições subjectivas. São preceitos que contêm princípios objectivos ou normas dirigidas

⁵ Sobre o conceito de direito fundamental em geral, também com referência às respectivas figuras afins, v. João de Castro Mendes, *Direitos, liberdades e garantias – alguns aspectos gerais*, in AAVV, *Estudos sobre a Constituição*, I, Lisboa, 1977, pp. 101 e 102; Jorge Miranda, *Relatório com o programa, os conteúdos e os métodos do ensino de direitos fundamentais*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, XXVI, 1985, pp. 495 e ss., e *Manual de Direito Constitucional*, IV, 3ª ed., Coimbra, 2000, pp. 7 e ss., e pp. 48 e ss.; João Caupers, *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*, Coimbra, 1985, pp. 11 e ss.; Carlos S. Niño, *Ética y Derechos Humanos*, Barcelona, 1989, pp. 11 e ss.; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 6ª ed., Coimbra, 1993, pp. 521 e ss.; Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, Lisboa, 1995, pp. 113 e ss.; Vitalino Canas, *Relação jurídico-pública*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, VII, Lisboa, 1996, p. 226; Luís Filipe Colaço Antunes, *O procedimento administrativo de avaliação de impacto ambiental*, Coimbra, 1998, pp. 71 e ss.; José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3ª ed., Coimbra, 2004, pp. 117 e ss.

⁶ No estrangeiro, os seguintes contributos: Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, III/1, München, 1988, pp. 554 e ss.; Luis Prieto Sanchis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, 1990, pp. 75 e ss.; Albert Bleckmann, *Staatsrecht II – Dir Grundrechte*, 3ª ed., Köln, 1989, pp. 61 e ss.; Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, *Grundrechte – Staatsrecht II*, 6ª ed., Heidelberg, 1990, p. 14; Jose Castan Tobeñas, *Los derechos del hombre*, 4ª ed., Madrid, 1992, pp. 13 e ss. Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, p. 113.

ao Estado, impondo-lhe deveres relacionados com o cumprimento dos direitos fundamentais conexos.

Há também preceitos que, embora consagrem posições subjectivas, não preenchem o conceito constitucionalmente relevante de direito fundamental: apesar de raras, são situações em que o legislador constitucionalizou posições subjectivas que não respeitam os restantes elementos constitutivos do conceito de direito fundamental.

Contudo, importa anotar com uma excepção: na medida em que, no texto constitucional, deparamos com inúmeras categorias de garantias jurídicas, parece que podem ser pertinentes ao universo dos direitos fundamentais aquelas que se submetam a uma *função subjetivante*, isto é, as que cumpram uma missão adjuvante na protecção de um direito subjectivo fundamental, numa relação de acessoriedade em relação aos mesmos.

Em termos gerais, são as garantias directamente vinculadas aos direitos fundamentais, bem como as institucionais que se afirmem numa relação de acessoriedade relativamente a estes, relação que permite, do mesmo modo, proteger um conjunto de bens jurídicos essenciais.

1.1.4. A DENSIFICAÇÃO DO ELEMENTO MATERIAL DO CONCEITO DE DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA – PROPOSTAS E POSIÇÃO ADOPTADA

Interessa ainda saber, no campo de liberdade regulativa devolvida ao legislador constitucional, sobre que vectores ele erigiu o seu conceito de direito fundamental, nos aspectos essenciais de teor material⁷.

Três têm sido as principais respostas dadas pela doutrina portuguesa a este respeito:

- i) a versão *imperialista* de Jorge Miranda, para quem os direitos fundamentais consagrados na CRP o são sempre em sentido material, critério que, no entanto, dá por esclarecido o que se pretendia esclarecer (*quod erat demonstrandum*) – precisamente saber quando é que a CRP está auto-

⁷Sobre o sistema constitucional português de direitos fundamentais, v. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, 1991, pp. 93 e ss., e *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3ª ed., Coimbra, 1993, pp. 101 e ss.; Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 293 e ss., e *O estado de excepção no Direito Constitucional*, I, Coimbra, 1998, pp. 836 e ss.; Jorge Miranda, *Manual...*, IV, pp. 137 e ss.; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, 2003, pp. 398 e ss.; José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, pp. 75 e ss.; Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Comentada*, I, Coimbra, 2005, pp. 221 e ss.

rizada a qualificar como direito fundamental certa realidade, que não muda de natureza só pelo facto de como tal ser qualificada;

- ii) a versão *liberal-moderna* de José Carlos Vieira de Andrade, para quem o conceito de direito fundamental se esteia num tríplice critério substancial e formal – ter um radical subjectivo, exercer uma função de protecção de bens pessoais e possuir uma intenção de explicitação de uma ideia de homem “...decantada pela consciência universal ao longo dos tempos”⁸;
- iii) a versão *omnicomprensiva* de J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, que atendem à combinação primordial, que a CRP teria feito, entre as teorias liberal e social dos direitos fundamentais, positivando aspectos de uma e da outra, sem com uma delas se comprometer especificamente, articulando harmonicamente direitos negativos e positivos, e culminando na escolha de três valores fundamentais – a liberdade, a democracia política e a democracia económica e social⁹.

Da nossa parte, importa preliminarmente reconhecer que hoje – na CRP como em qualquer texto constitucional – nenhuma teoria pode ter a pretensão de explicar, como deve ser, a totalidade de um sistema de direitos fundamentais.

A multiplicidade dos aspectos subjacentes aos vários tipos desses direitos é de tal ordem que não permite qualquer esforço de unificação, isso bem se compreendendo pela evolução que os direitos fundamentais tiveram desde o século XIX¹⁰.

Mais importante do que esclarecer se certas teorias tiveram ou não acolhimento constitucional, é encontrar a concepção própria de cada texto e não impor-lhe construções importadas de carácter manifestamente espúrio¹¹.

A nossa posição propende para considerar um *critério misto*, a *quatro tempos*, aparecendo como os dois elementos dominantes as *teorias liberal e social*, com um maior número de direitos fundamentais que se podem testar sob as respectivas ópticas e, em plano lateral, as *teorias democrática e marxista*¹², estas presentes em alguns, poucos, direitos fundamentais mais sectorizados¹³.

⁸ José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, pp. 82 e 83.

⁹ Dizendo J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (*Fundamentos...*, p. 106): “É essa trilogia que constitui o *pressuposto* e o *critério substancial* dos direitos fundamentais, sendo insuficiente e inadequada qualquer concepção reducionista que faça apelo apenas a um daqueles valores”. Cfr. também J. J. Joaquim Gomes Canotilho, *A teoria constitucional dos direitos fundamentais*, in *Fronteira*, ano II, n.º 5, Janeiro-Março de 1979, pp. 46 e ss.

¹⁰ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, p. 407.

¹¹ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, p. 408.

¹² Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 408 e ss.

¹³ Com uma avaliação geral acerca do sistema dos direitos fundamentais na CRP, versando sobre-

1.2. A POSIÇÃO CONSTITUCIONAL, TIPOLÓGICA E ABERTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Numa *lógica formal*, a protecção dos direitos fundamentais coloca o problema da sua *força jurídica* na constelação geral dos direitos subjectivos públicos.

Se são direitos fundamentais, de acordo com o conceito que os substancia, isso quer dizer que tais posições jurídicas oferecem uma relação singular com o texto constitucional: *uma relação de inserção na Constituição que estrutura cada Estado*.

Os direitos fundamentais ostentam, deste modo, *uma força jurídica constitucional*, que lhes é dada pelo carácter constitucional das fontes normativas que os consagram: na verdade, estamos perante posições jurídicas *ex lege*, porquanto derivam do Ordenamento Jurídico Objectivo.

O sentido profundo desta constitucionalização afere-se por um estatuto formalmente constitucional constante do articulado da CRP¹⁴.

Essa observação, no que respeita à posição normativa dos direitos fundamentais, não teria a mínima relevância se a Ordem Jurídica fosse constituída por um único estalão.

A verdade é que não o é. E até se têm multiplicado, por diversas razões, os níveis de diferenciação entre grupos de fontes e de normas dentro de uma Ordem Jurídica.

Ora, é aí que o nível constitucional se posiciona de um modo extremamente relevante por representar a cúpula do sistema jurídico, acima da qual não se reconhece a validade de qualquer outra fonte normativa de Direito Positivo.

Cabe à Constituição – e às fontes constitucionais em geral – este papel fundacional do sistema jurídico, aí se determinando as grandes directrizes da respectiva estruturação, devendo as fontes que as contrariam ser fulminadas de inconstitucionalidade e, em decorrência disso, invalidadas.

tudo esta óptica material, v. António de Oliveira Braga, *Os direitos do homem e a Constituição*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 37, Maio-Agosto de 1977, pp. 437 e ss.; José Manuel Cardoso da Costa, *A hierarquia das normas constitucionais e a sua função na protecção dos direitos fundamentais*, Lisboa, 1990, pp. 6 e ss.; José Casalta Nabais, *Os direitos na Constituição Portuguesa*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 400, Novembro de 1990, pp. 17 e ss.; J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos...*, pp. 93 e ss.; Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 371 e ss.; Jorge Miranda, *Manual...*, IV, pp. 128 e ss.; Rui Medeiros, *O Estado de Direitos Fundamentais Portugueses: alcance, limites e desafios*, in *Anuário Português de Direito Constitucional*, vol. II, 2002, pp. 24 e ss.

¹⁴ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *A afirmação dos direitos fundamentais no Estado Constitucional Contemporâneo*, in AAVV, *Direitos Humanos* (coord. de Paulo Ferreira da Cunha), Coimbra, 2003, pp. 62 e ss.

O carácter constitucional dos direitos fundamentais implica que estes se apresentem cimeiramente localizados dentro do Ordenamento Jurídico, comungando das características próprias das normas e dos princípios de natureza constitucional.

E qual é a importância deste facto? Ela é concernente a dois aspectos: *a supremacia hierárquica* e *a rigidez constitucional*.

A *supremacia hierárquica* implica que nenhuma outra norma ou princípio, que não tenha a mesma qualidade, possa contradizer o sentido normativo que deles se extrai.

A *rigidez constitucional* representa a circunstância de a respectiva alteração obedecer a mecanismos que tornam essa operação mais difícil, por força da existência de diversos limites à revisão constitucional.

O resultado mais visível desta colocação suprema no sistema jurídico liga-se ao carácter “courageado” que passa a acompanhar os direitos fundamentais, conceptualmente sempre direitos constitucionais: a da inconstitucionalidade das normas e dos princípios que os ofendem.

Isso tem a consequência prática de poderem ser postos em acção diversos mecanismos com o fito de destruir essas normas e esses princípios, violadores dos direitos fundamentais, assim melhor se preservando essa parte da Ordem Constitucional.

1.2.1. A ABERTURA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS A OUTROS PATAMARES DA ORDEM JURÍDICA

O facto de os direitos fundamentais, relativamente à sua fonte normativa, forçosamente se alcandorarem a uma posição normativo-constitucional cimeira não acarreta a impossibilidade de se estabelecer a sua comunicação com outros estratos do sistema jurídico, sendo certo que este se apresenta multi-nivelado nos seus escalões hierárquicos.

É assim que muitas vezes os textos constitucionais aceitam a contribuição de outros planos do Ordenamento Jurídico – as leis ordinárias e as fontes internacionais – para completarem o elenco constitucional dos direitos fundamentais.

Estamos perante *um mecanismo de abertura dos direitos fundamentais que são positivados na Constituição aos outros níveis*, os quais podem ser relevantes no aparecimento de novas posições jurídicas com a mesma importância, ou até para completarem determinada configuração constitucional já alcançada por certo direito fundamental¹⁵.

¹⁵Sobre este mecanismo de abertura, v. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, pp. 137 e 138; Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, Lisboa, 1995, pp. 39 e ss.; Paulo

Esta *cláusula de abertura* do catálogo constitucional de direitos fundamentais pode, deste modo, assumir duas funções em relação a determinado subsistema constitucional de direitos fundamentais: de *integração* – na medida em que por essa cláusula podem chegar ao texto constitucional direitos fundamentais novos ou esquecidos no momento da expressão da vontade constituinte, assim se logrando obter o seu reconhecimento e de *aperfeiçoamento* – porquanto outras fontes podem apresentar contornos mais precisos dos direitos e frisar a existência de novas faculdades, até certo momento desconhecidas ou desconsideradas¹⁶.

Aqui deparamos com um fenómeno de *recepção constitucional*, através do qual se torna possível dar força constitucional a certas normas – as fontes dos direitos fundamentais – que até então apenas ostentavam um estatuto infra-constitucional, com todos os benefícios associados a essa constitucionalização¹⁷.

1.2.2. O ACERTO DA OPÇÃO PELA TIPIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O carácter constitucional dos direitos fundamentais, não obstante ser extremamente importante na consolidação da sua eficácia protectora, não é totalmente suficiente, dado que importa atender a outra nota que foi dando o tom à positivação dos direitos fundamentais desde que viram a luz do dia no Constitucionalismo Liberal¹⁸: o facto de os direitos fundamentais, logo bem desde o seu início, se terem apresentado segundo uma *técnica de tipificação na respectiva declaração formal dentro dos textos constitucionais*¹⁹.

Ao lado da sua força normativo-constitucional, acrescenta-se outro traço, que é o do seu *matiz tipológico*, o que se diferencia bem na Metodologia do Direito como via específica de pensar e de formular os comandos normativos²⁰.

Otero, *Direitos históricos e não tipicidade pretérita dos direitos fundamentais*, in AAVV, *75 Anos da Coimbra Editora*, Coimbra, 1998, pp. 1061 e ss.; Jorge Miranda, *Manual...*, IV, pp. 162 e ss.; José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, pp. 75 e ss.; Rui Medeiros, *O Estado de Direitos...*, pp. 26 e ss.; Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição...*, I, pp. 137 e ss.

¹⁶ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 72 e ss.

¹⁷ Defendendo esse estatuto constitucionalizado, Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 313 e ss.

Contra essa consequência da constitucionalização, Jorge Miranda, *Manual...*, IV, pp. 168 e 169.

¹⁸ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *A afirmação dos direitos fundamentais...*, pp. 65 e ss.

¹⁹ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 56 e ss.

²⁰ Para uma aproximação às características do pensamento tipológico, por contraste com o pensamento generalizante, v. Karl Engisch, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, 1953, pp. 237 e ss.; José de Oliveira Ascensão, *A tipicidade dos direitos reais*, Lisboa, 1968, pp. 34 e ss., e *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13ª ed., Coimbra, 2005, pp. 452 e ss., e p. 479; João Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coim-

A primeira dimensão do sentido tipológico dos direitos fundamentais – os quais se mostram, por esta razão, verdadeiros tipos jurídicos – reside na consequência de a respectiva formulação ser mais concisa do que seria se o texto constitucional recorresse apenas a conceitos gerais e classificatórios.

Os direitos fundamentais não são, pois, consagrados por recurso a conceitos, que pudessem abranger amplamente uma dada realidade a submeter aos efeitos do Direito – são, antes, agrupados em realidades menos amplas, em torno, deste modo, de tipos jurídicos, por cujo intermédio melhor se capta o pormenor do objecto e do conteúdo de cada direito fundamental considerado.

A grande vantagem do recurso ao método da tipificação – por contraste com o método da conceptualização – consiste numa menor abstracção, que traz consigo uma maior capacidade de retratação da realidade concreta a que respeita cada direito fundamental.

Outra dimensão presente na tipificação dos direitos fundamentais nos textos constitucionais é concernente ao valor que os direitos fundamentais devem possuir se vistos no conjunto das tipologias que entre si formam. É que a sua eficácia fica acrescida se se mostrarem plurais, apresentando-se em círculos que, como pudemos observar, se têm vindo a alargar.

O mais relevante desse valor colectivo dos direitos fundamentais, se observados como tipos jurídicos contextualizados em tipologias jurídicas, é porém a possibilidade de estas não serem tipologias fechadas e serem, ao invés, *abertas ou exemplificativas*.

Nunca em cada momento os direitos fundamentais positivados num dado texto constitucional são únicos, havendo a possibilidade de recorrer ao conceito geral subjacente, para formular outros direitos fundamentais, assim denominados *direitos fundamentais atípicos*²¹.

Qualquer uma destas duas dimensões inerentes ao sentido tipológico dos direitos fundamentais se encontra em muitos dos textos constitucionais, do século XIX e do século XX.

Se analisarmos os textos constitucionais, no que toca à primeira dimensão, facilmente reparamos que há a preocupação de apresentar os direitos funda-

bra, 1983, pp. 116 e ss.; Maria Helena Brito, *O contrato de concessão comercial*, Coimbra, 1990, pp. 159 e ss.; Carlo Beduschi, *Tipicità e Diritto – contributo allo studio delle razionalità giuridica*, Padova, 1992, pp. 31 e ss.; Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos atípicos*, Coimbra, 1995, pp. 21 e ss.; Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 56 e ss., e *O estado de excepção no Direito Constitucional*, II, Coimbra, 1998, pp. 1542 e ss.; Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3ª ed., Lisboa, 1999, pp. 655 e ss.; Rui Pinto Duarte, *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, Coimbra, 2000, pp. 27 e ss.

²¹ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 39 e ss.

mentais através de um número razoável de tipos – e até com uma lógica mais ou menos diversificada em razão dos respectivos objectos e conteúdos específicos, cada um deles substanciando a construção de um ou de alguns dos tipos de direitos fundamentais consagrados.

O mesmo se pode dizer, embora talvez sem a mesma importância, de alguns textos constitucionais em matéria de abertura a outros direitos fundamentais – os direitos fundamentais atípicos – que não obtiveram uma consagração tipificada nos catálogos constitucionais, mas que por este mecanismo são detectados e invocados.

1.2.3. A RELEVÂNCIA AUTÓNOMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ATÍPICOS E OS SEUS PROBLEMAS ESPECÍFICOS

Pela dificuldade que os envolve, *os direitos fundamentais atípicos* merecem alguma detença, dado que acabam por cumprir a função de abrir o catálogo constitucional, sem que para os mesmos – o que para lá de certo limite seria uma quase impossibilidade técnica – o texto constitucional tenha ajudado com os convenientes índices aplicáveis.

Os direitos fundamentais atípicos colocam três questões, para as quais não se encontra uma resposta directa na CRP: *a extensão material de tais direitos; as fontes de onde emanam esses direitos; o regime que lhes é aplicável.*

No entanto, preliminarmente importa considerar que o alargamento do catálogo de direitos fundamentais que a cláusula aberta propicia deve ser cuidadosamente separado de outros fenómenos que, coincidindo no resultado, experimentam outros caminhos, que não se confundem com a referência da atipicidade das fontes²².

Um desses fenómenos retrata o aparecimento dos tipos de direitos fundamentais através de um processo hermenêutico, e não normativo-constitucional. São os *direitos fundamentais implícitos* que se apresentam como o resultado de uma interpretação extensiva das fontes constitucionais, bem na esteira da conhecida orientação jurisprudencial norte-americana²³.

Outro fenómeno marcante vem a ser o do *reconhecimento da constitucionalização de outras fontes – internas ou externas – que concretizam os direitos fundamentais*, sobretudo no campo dos direitos fundamentais sociais, concretização

²² Chamando a atenção para estes dois fenómenos como vias alternativas à abertura que é directamente propiciada pela cláusula aberta de direitos fundamentais, v. Rui Medeiros, *O Estado de Direitos...*, pp. 28 e ss.

²³ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 164 e ss.

que assim acaba por se convolar, dentro de certos limites, em densificação constitucional dos mesmos, numa lógica de prolongamento das fontes constitucionais.

Fenómeno que ainda deve merecer atenção, pela destriça que sugere quanto aos direitos fundamentais atípicos, é o dos *direitos fundamentais extra-documentais*, caso em que os direitos fundamentais acolhidos com valor constitucional são extravagantes relativamente ao texto constitucional, aparecendo como direitos situados fora da codificação imposta pelo articulado constitucional²⁴.

1.2.4. A CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ATÍPICOS

Na perspectiva da *identificação dos direitos fundamentais atípicos*, difícil é saber qual o critério material que os permite encontrar.

Esta é uma tarefa, contudo, que já se mostra muito facilitada por ter sido possível deparar com uma chave identificadora dos direitos fundamentais do sistema constitucional português, directamente radicando no respectivo conceito.

Não se crê que essa chave não possa ser utilizada para seleccionar os direitos fundamentais atípicos, que no plano substancial ostentam uma mesma dignidade constitucional.

Em termos práticos, a aplicação desse critério material conceptual permite que os direitos fundamentais atípicos, na respectiva localização, se processe de acordo com uma analogia – uma *analogia iuris, e não legis* – para com os direitos fundamentais típicos²⁵, nela se apontando os núcleos materiais de protecção constitucional da pessoa humana que se desenvolve através da técnica dos direitos fundamentais²⁶.

Do ponto de vista das fontes, a abertura constitucional dos direitos fundamentais, como sucede noutros ordenamentos constitucionais, não tinha forçosamente de sujeitar-se a qualquer indexação de um elenco das mesmas de onde brotassem os tipos de direitos a acolher.

Não foi esse o caso seguido pela CRP, que expressamente condicionou o acolhimento dos direitos fundamentais atípicos ao facto de os mesmos serem

²⁴ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 141 e ss.

²⁵ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 371 e ss.

²⁶ José Carlos Vieira de Andrade (*Os direitos fundamentais...*, p. 198) é, a este propósito, bem explícito: “Essa analogia de natureza deve (...) respeitar, cumulativamente, a dois elementos: trata-se de uma posição subjectiva individual ou de uma garantia que possa ser referida de modo imediato e essencial à ideia de dignidade humana, isto é, que integre a matéria constitucional dos direitos fundamentais; e poder essa posição subjectiva ou garantia ser *determinada* a um nível que deva ser considerado *materialmente constitucional*”.

previamente positivados nalgumas fontes normativas que mencionou e que são de duas ordens: *fontes normativas externas*: "...as regras aplicáveis de Direito Internacional..."; *fontes normativas internas legais*: "...as leis...".

Carecendo de um sentido interpretativo especial, no contexto de outras acepções para as fontes mencionadas, considera-se que o entendimento a acolher deve ser amplo: *no caso das fontes externas, os direitos fundamentais atípicos podem provir de qualquer fonte internacional ou comunitária que integre a Ordem Jurídica Portuguesa*, nos termos gerais em que a CRP admite a sua incorporação interna e *no caso das fontes internas legais, os direitos fundamentais atípicos podem amplamente nascer de fontes normativas voluntárias*, mas incluindo os diversos planos do exercício do poder público, desde a função legislativa à função administrativa, passando, sendo caso disso, pela função política²⁷.

No plano do regime, a dúvida central – conquanto não seja a única – tem sido a de saber se estes direitos atípicos, sendo considerados fundamentais, gozariam de um estatuto constitucional.

Não se justificam quaisquer negações a propósito do regime constitucional destes direitos²⁸: não é só o facto de tal categoria poder ser aplicada a quaisquer direitos fundamentais, independentemente do modo da sua positivação ou do lugar da sua tipificação constitucional; como também é de referir a circunstância de o regime se dissociar da categoria conceptual, nem sequer fazendo sentido falar de direitos fundamentais não sendo constitucionais, pois que aí lhes faltaria um elemento conceptual, que é exactamente a fundamentalidade hierárquico-normativa²⁹.

O regime aplicável aos direitos fundamentais atípicos igualmente se discute para aqueles que sejam direitos, liberdades e garantias, caso em que, na linha do regime constitucional de que ficam a beneficiar, se julga de lhes estender na sua totalidade, ingressando no conceito de direitos, liberdades e garantias atípicos de natureza análoga³⁰.

²⁷ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 331 e ss.

²⁸ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 415 e ss.

²⁹ É essa também a posição da doutrina portuguesa em geral, que apenas obstaculiza a extensão do regime dos direitos, liberdades e garantias típicos aos atípicos por razões atinentes à sua posição hierárquico-normativa, não por causa da sua natureza conceptual.

Assim, João Caupers (*Os direitos fundamentais...*, pp. 128 e ss.), colocando, em alternativa, um critério referente à qualidade do direito e um critério alusivo ao grau de concretização do direito, opta por este último, preferindo a ideia que se "...identifica a «natureza análoga» aos direitos, liberdades e garantias com a concretização suficiente do objecto do direito" (*Os direitos fundamentais...* p. 132).

^{Cfr.} também J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, p. 142, ao admitirem discutir a questão em sede de regime, sendo a aceitação conceptual prévia e logicamente necessária.

³⁰ Muitos são os exemplos possíveis de direitos fundamentais atípicos, sendo de recordar estes: o

1.3. A *SUMMA DIVISIO* ENTRE OS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS E OS DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Tema geral que ainda importa analisar no sistema constitucional de direitos fundamentais alude à *intensidade* com que os direitos fundamentais são consagrados no texto constitucional.

A despeito do seu idêntico carácter constitucional, os direitos fundamentais não têm sempre a mesma intensidade normativa e é possível vislumbrar diferentes alcances no modo como os respectivos conteúdo e objecto condicionam os destinatários, públicos e privados, ou irradiam para o restante Ordenamento Jurídico e, por consequência, chegam à realidade constitucional.

Esta é uma dicotomia fundamental que, no plano constitucional, costuma ser referida pela existência conjunta dos *direitos, liberdades e garantias* e dos *direitos económicos, sociais e culturais*, embora não se afigure fácil descortinar a distinção rigorosa entre esses dois grupos de direitos fundamentais³¹.

Tudo estaria resolvido, sem qualquer necessidade de intervenção doutrinária e jurisprudencial, se a arrumação sistemática que consta da CRP fosse totalmente aceitável.

Essa seria a mais imediata impressão, sendo certo que o próprio articulado constitucional precisamente assenta, na descrição dos tipos de direitos fundamentais que positiva, nessa crucial dicotomia, nos títulos II e III da Parte I da CRP.

Todavia, nem todas as questões assim se resolvem porque o texto articulado concebe a existência de um regime específico atribuído aos direitos, liberdades e garantias, que não é aplicável aos direitos económicos, sociais e culturais, para tanto sendo exigível a separação conceptual entre estes dois grupos de direitos fundamentais, que assim ganha uma directa relevância no regime aplicável.

1.3.1. A INSUFICIÊNCIA DOGMÁTICA DE UM CRITÉRIO CONSTITUCIONAL PURAMENTE FORMAL-SISTEMÁTICO

A definição dos direitos, liberdades e garantias³², tal como simetricamente a definição dos direitos económicos, sociais e culturais, julgar-se-ia tarefa re-

direito a alimentos do Direito Civil; os direitos dos consumidores do Direito do Consumo no que estão para além dos direitos dos consumidores constitucionalmente tipificados; os direitos dos trabalhadores do Direito do Trabalho para além dos constitucionalmente tipificados, previstos no Código do Trabalho.

³¹ Quanto aos critérios que podem sustentar esta separação, sob o enfoque do texto constitucional português, v., de entre outros, Jorge Bacelar Gouveia, *O estado de excepção...*, II, pp. 867 e ss.; Jorge Miranda, *Manual...*, IV, pp. 139 e ss.; José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, pp. 182 e ss.

³² Cfr. o art. 19º, repetidamente, nos nºs 1, 3, 5, da CRP.

solvida por a própria CRP indicar os direitos fundamentais que qualifica como direitos, liberdades e garantias³³: é, com efeito, o que acontece com os tipos de direitos fundamentais que se encontram no título II da Parte I do articulado constitucional, exactamente epigrafado “Direitos, liberdades e garantias”.

Não haveria, deste modo, qualquer questão a pôr porque, no fim de contas, a CRP teria tudo logo solucionado pela simples arrumação sistemática dos mesmos, sob a designação de “direitos, liberdades e garantias”, nomeando todos e cada um desses preceitos.

A leitura do texto constitucional não nos pode iludir, porém, quanto a uma resposta assim tão simplista, que está longe de corresponder à verdade, que é bem mais complexa³⁴.

O que a CRP faz, quanto à tipologia de direitos fundamentais que apresenta nos preceitos compreendidos no mencionado título II, é somente fornecer ao intérprete um *critério qualificativo*, segundo o qual considera que tudo o que se encontra nesse conjunto de artigos corresponde a tipos de direitos fundamentais pertencentes à espécie “direitos, liberdades e garantias”.

Mas nunca se poderia cair no formalismo de pensar que a CRP, ao referir-se a direitos, liberdades e garantias, estaria certamente a agrupar todos os tipos de direitos fundamentais regulados nos preceitos constitucionais que nessa parcela do articulado constitucional se compreendem.

³³ Quanto aos direitos, liberdades e garantias em geral na CRP, bem como o respectivo regime, v. João de Castro Mendes, *Direitos...*, pp. 94 e ss., e pp. 103 e ss.; Rabindranath Capelo de Sousa, *A Constituição e os direitos de personalidade*, in AAVV, *Estudos sobre a Constituição*, II, Lisboa, 1978, pp. 195 e 196; Marcelo Rebelo de Sousa, *Direito Constitucional...*, pp. 179 e ss.; José Manuel Cardoso da Costa, *A hierarquia...*, pp. 9 e ss.; José Casalta Nabais, *Os direitos na Constituição...*, pp. 22 e ss.; J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos...*, pp. 109 e ss., e *Constituição...*, pp. 110 e ss., e pp. 121 e ss.; Manuel Afonso Vaz, *Lei e reserva de lei – a causa da lei na Constituição portuguesa de 1976*, Porto, 1992, pp. 298 e ss.; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, pp. 522 e ss., e pp. 577 e ss.; Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 430 e ss.; Jorge Miranda, *Manual...*, IV, pp. 139 e ss., e pp. 311 e ss.; José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, pp. 196 e ss.; Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição...*, I, pp. 143 e ss.

³⁴ A versão inicial deste preceito proposta pela Comissão de Direitos e Deveres Fundamentais, no âmbito do procedimento de elaboração da CRP, apenas se referia a “direitos”, não contemplando, pelo menos de um modo literal, a especificação dos direitos, liberdades e garantias.

^A respectiva inserção deveu-se a uma proposta que foi feita no debate da Assembleia Constituinte pelo Deputado Luís Catarino, por identidade com o preceito anterior em que se previa a excepcionalidade do estado de excepção na suspensão dos direitos, liberdades e garantias. Cfr. *Diário da Assembleia Constituinte*, nº 36, de 23 de Agosto de 1975, p. 980.

^A verdade, porém, é que não se tinha a presciência do radicalismo dessa *summa divisio*, em confronto com os direitos sociais, utilizando-se, com o mesmo amplo significado, “direitos, liberdades e garantias” e “direitos fundamentais”.

^A infixidez terminológica que se verificaria no futuro art. 16º da CRP, ao mesmo tempo que se lembra o posicionamento geral – e não apenas para os direitos, liberdades e garantias – destes preceitos introdutórios, mostram-no à saciedade.

1.3.2. A PLURALIDADE DE CONCEPÇÕES A RESPEITO DOS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS

Essa tarefa qualificativa requer, já dentro do conceito de direito fundamental relevante, que se afine o critério constitucionalmente adequado dos “direitos, liberdades e garantias”, qualificação que não se pode atingir automaticamente pela simples observação da sistemática constitucional³⁵.

Este é um tópico que a doutrina debate intensamente, estando assim longe da unanimidade quanto a uma conclusão final.

A concepção que mais adesão tem tido é de índole formal e realça a circunstância de os direitos, liberdades e garantias, por contraposição aos direitos económicos, sociais e culturais, na CRP, se erguerem segundo um conjunto de opções regulativas que pertencem ao domínio do texto constitucional.

É para aí que aponta o critério, maioritariamente seguido pela doutrina, da *determinação, determinabilidade* ou *determinidade constitucional* dos objeto e conteúdo dos direitos, liberdades e garantias³⁶.

³⁵ Não é esse, pelo menos aparentemente, o entendimento de boa parte da doutrina portuguesa neste ponto, para quem a qualificação do art. 17º da CRP – quando se diz que o “...regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II...” – funciona automaticamente, não se carecendo de qualquer tarefa interpretativa a respeito do que consta desse título II da Parte I, assim se acreditando na existência de uma presunção quanto à sua fundamentalidade subjectiva. Cfr. Jorge Miranda, *Manual...*, IV, p. 145.

Essa é também a posição de J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (*Constituição...*, p. 141), ilustres constitucionalistas que consideram ser aplicável este regime a tais direitos e isto “...qualquer que seja a sua espécie, desde direitos pessoais, passando pelos de participação política, até aos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores e qualquer que seja a sua estrutura jurídica, desde as garantias penais, passando pelas liberdades tradicionais, até aos direitos de natureza positiva”. Diferentemente, José Carlos Vieira de Andrade é o único que legitimamente se interroga, acabando por admitir a aplicação desse regime às normas que não positivem direitos, liberdades e garantias, embora depois aceite que essa distinção seja, na prática, difícil de se realizar (*Os direitos fundamentais...*, pp. 81, 197 e 198).

Em idêntico sentido depõe Manuel Afonso Vaz, que entende que a identificação dos direitos, liberdades e garantias enumerados não se faz tanto pela sua localização quanto pelo preenchimento, por parte dos mesmos, do critério da “determinidade constitucional”, embora admita a função de tal critério para fora do conceito de direito, liberdade e garantia, dizendo que “... não é o facto de um preceito constar de tal catálogo que o converte, por isso, em direito constitucional”, rematando assim o seu pensamento: “O critério da constitucionalidade do direito não se deverá, porém, indagar se num caso ou noutro estaremos perante um conceito material de «direito, liberdade e garantia», mas sim à presença ou não de uma estrutura expressiva da norma constitucional que lhe confere determinidade constitucional e, por isso, aplicabilidade directa, ou seja, que os torna «direitos de agir ou de exigir com eficácia imediata» decorrente da norma constitucional” (*Lei...*, p. 369).

³⁶ José Carlos Vieira de Andrade (*Os direitos fundamentais...*, p. 187) é o primeiro autor que propõe como critério aferidor do regime dos “direitos, liberdades e garantias”, em ordem à aplicação do regime que lhes está particularmente construído, o da determinabilidade dos respectivos preceitos constitucionais atributivos, o que implica ser o respectivo conteúdo determinado ou determiná-

Mais isolados são outros entendimentos que a doutrina constitucional portuguesa tem vindo a experimentar, numa tónica mais substancialista: o critério dos direitos inerentes ao género humano³⁷; o critério da função de libertação dos direitos frente ao poder público³⁸; o critério da teoria demo-li-

vel no plano das opções constitucionais, para além do facto de necessariamente se tratar de uma posição subjectiva individual ligada à dignidade da pessoa humana, ali escrevendo o seguinte: "...a Constituição pressupõe dois tipos de direitos: aqueles cujo *conteúdo principal é essencialmente determinado ou determinável ao nível das opções constitucionais* e aqueles outros cujo conteúdo *principal* terá de ser, em maior ou menor medida, *determinado por opções do legislador ordinário*, ao qual a Constituição confere poderes de determinação ou concretização".

³⁷ acrescenta: "Isto é, que o regime dos direitos, liberdades e garantias se aplica aos direitos susceptíveis de concretização ao nível constitucional, mas já não àqueles que, para além de um mínimo, só se tornam «líquidos e certos» no plano da legislação ordinária".

Exactamente no mesmo sentido, citando-o, se alinha José Casalta Nabais (*Os direitos na Constituição...*, p. 22), neste trecho afirmando que "De acordo com este critério, o regime dos direitos, liberdades e garantias deve ser aplicado àqueles direitos cujo conteúdo está determinado no texto constitucional ou é determinável segundo as regras gerais de interpretação jurídica pelas autoridades encarregadas da sua aplicação...".

João Caupers (*Os direitos fundamentais...*, pp. 46 e 132) refere a determinabilidade suficiente do direito ao nível constitucional "para poderem fundar pretensões judiciais", afirmando-se nesta página: "Consideramos, não obstante as dificuldades atrás apontadas, a segunda hipótese que equacionámos, aquela que *identifica a natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias com a concretização suficiente do objecto do direito*, como a mais razoável. Enquanto a qualificação de um direito fundamental depende da importância que se lhe deva atribuir no quadro de um certo ordenamento constitucional, já a qualificação de um direito como direito, liberdade e garantia deve ter que ver *não com o seu relevo, mas com a forma da sua protecção, essencialmente dependente do grau de determinabilidade já atingido pelo respectivo objecto*".

Manuel Afonso Vaz (*Lei...*, pp. 305, nt. nº 57, e p. 372), dando por adquirido ser idêntico ao que insufla toda a categoria dos direitos, liberdades e garantias, frisa o critério de determinidade constitucional dos respectivos preceitos. Este autor ainda acrescenta que o conceito de "determinidade constitucional" dos direitos, liberdades e garantias, em contraste com a indeterminidade constitucional dos direitos económicos, sociais e culturais, se expressa normativamente pela ideia de aplicabilidade directa: "Tais preceitos constituem, por isso, «direitos subjectivos constitucionais», ou seja, dimensões de autonomia subjectiva constitucionalmente definida, garantida e tutelada", acrescentado ainda que "Tais preceitos gozam, na terminologia significativa que adoptamos, de *determinidade* constitucional de conteúdo". Este autor (*Lei...*, p. 302 e ss.) separa ainda a questão da determinidade constitucional, representada pela aplicabilidade directa, da questão da exequibilidade de cada direito, colocada noutra patamar e que nunca pode pôr em causa essa primeira conclusão, numa relação próxima da conexão entre a norma preceptiva autoexequível e heteroexequível.

Rui Medeiros (*Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos*, Coimbra, 1992, p. 121) igualmente se socorre de critério semelhante, pensando especificamente no direito à indemnização civil, ao referir que esse direito "...tem o seu conteúdo essencialmente determinado ao nível das opções constitucionais, não dependendo da lei ordinária para se tornar líquido e certo".

³⁷ João de Castro Mendes (*Direitos...*, pp. 103 e 104), realçando o facto de a categoria dos direitos, liberdades e garantias se descobrir por exclusão de partes, avança com o critério material da sua pertença ao ser humano enquanto tal, como pessoa, ou em "aspectos incindíveis da sua personalidade, ou pelo menos enquanto cidadão".

³⁸ Jorge Miranda oferece diversas formulações, todas elas coincidentes no essencial: "Cremos que estamos diante de um critério misto, na confluência de elementos subjectivos, elementos objec-

beral de direitos fundamentais³⁹; o critério da estrutura defensiva dos direitos fundamentais⁴⁰.

Ainda se tem avançado com *critérios mistos*, combinando diversas perspectivas possíveis, sendo de evidenciar estes dois mais relevantes: o que combina, por um lado, a natureza defensiva dos direitos e, por outro lado, a similitude com os direitos positivos que se incluem nos direitos, liberdades e garantias do título II da Parte I da CRP⁴¹; e o que integra, simultaneamente, as dimensões da aplicabilidade directa, da determinabilidade constitucional do conteúdo e da exequibilidade autónoma⁴².

tivos e elementos estruturais, explicável por razões históricas bem conhecidas e decorrente de certos postulados ou concepções filosófico-jurídicas de base” (*A Constituição de 1976 – formação, estrutura, princípios fundamentais*, Lisboa, 1978, pp. 335 e 336).

Noutra ocasião, aponta para a revelação da “autonomia de pessoas e de grupos formados na sociedade civil frente ao Estado” (*Iniciativa económica*, in AAVV, *Nos Dez Anos da Constituição*, Lisboa, 1986, pp. 75 e 76).

Especificando ainda noutro passo o seguinte (*Relatório...*, p. 501): “Os direitos, liberdades e garantias como direitos de *autonomia*, de manifestação, de individualização: revelam a *essência* da pessoa; têm por contrapartida uma posição de *respeito* pela esfera própria da pessoa pelo Estado e pelas demais entidades públicas (e, em certos casos, privadas); traduzem-se em *limitações* que o poder público se impõe e impõe a outros poderes. Os direitos sociais como direitos de *necessidade* e, ao mesmo tempo, de *comunicação*: têm que ver com as condições de *existência* da pessoa; têm por contrapartida a prestação de bens e serviços”.

Aparentemente no mesmo sentido se posiciona Jónatas Machado (*O regime concordatário entre a “libertas ecclesiae” e a liberdade religiosa*, Coimbra, 1993, p. 30), afirmando que se trata de um direito “...com uma forte componente negativa, de defesa do seu titular perante intromissões abusivas do Estado...”. Noutro trecho (*A liberdade religiosa numa comunidade inclusiva*, Coimbra, 1996, p. 199), mais peremptoriamente qualificando a liberdade religiosa como um direito que “...pretende, fundamentalmente, recortar em torno de indivíduos e de grupos um perímetro de liberdade de opção e actuação religiosa que o Estado não pode vulnerar. Dele procedem, a um tempo, *direitos subjectivos de defesa e normas definitórias de competências negativas estaduais*”.

³⁹ Cfr. Almeno de Sá, *A revisão do Código Civil e a Constituição*, in *Revista de Direito e Economia*, 1977, nº 3, p. 442.

⁴⁰ Cfr. José Manuel Sérvulo Correia, *O direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento administrativo*, in *Legislação – Cadernos de Ciência da Legislação*, nº 9 e nº 10, Janeiro-Junho de 1994, p. 157, concretizando-o a propósito do direito de audiência administrativa.

⁴¹ Cfr. J. J. Gomes canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos...*, p. 125, e *Constituição...*, pp. 117 e 142. O elenco comum a todas estas posições abrange os seguintes tipos de direitos: o direito de acesso ao Direito e aos tribunais, o direito de resistência, o direito de recorrer ao Provedor de Justiça, o direito à retribuição do trabalho, ao limite máximo da jornada de trabalho, ao descanso semanal e a férias periódicas pagas, ao subsídio de desemprego, ao salário mínimo nacional, o direito de iniciativa privada, cooperativa e autogestionária, o direito de propriedade privada, o direito das mulheres à dispensa do trabalho para efeitos de parto, o direito ao ensino básico, o direito de indemnização e de reserva dos proprietários fundiários expropriados, o direito ao recenseamento eleitoral, o direito de apresentar candidaturas, os direitos de participação directa em órgãos do poder local, o direito de participar na administração da justiça, o direito de recurso contencioso e demais direitos perante a administração e os direitos dos funcionários públicos.

⁴² Cfr. J. J. Gomes canotilho, *Direito Constitucional*, pp. 525 e ss., que acaba por resumir esse critério misto à respectiva função defensiva, advertindo ainda que essas características não inviabilizam a eventual natureza prestativa dos direitos (como é o caso de uma vertente do direito à vida), nem

1.3.3. POSIÇÃO ADOPTADA NA DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE DIREITO, LIBERDADE E GARANTIA E A SUA APLICAÇÃO PRÁTICA

O nosso pensamento tende a considerar que os direitos, liberdades e garantias se definem em razão da *norma atributiva dos mesmos, enquanto categoria mais restrita do que os direitos fundamentais em geral: são as posições subjectivas constitucionalmente positivadas em normas preceptivas*⁴³.

Inversamente, as normas constitucionais que consagram os direitos económicos, sociais e culturais têm natureza programática, oferecendo uma menor vinculatividade em relação à força inerente às normas preceptivas.

Numa palavra: *o critério de separação entre estes dois grupos de direitos fundamentais é normativo-formal*, não parecendo que os outros critérios forneçam condições operativas para levar por diante a sua missão porque o regime construído para os direitos, liberdades e garantias assenta no pressuposto da respectiva eficácia imediata.

Daí que não pareça que esses outros critérios possam ser bem sucedidos na tarefa de destrinçar entre os direitos, liberdades e garantias e os direitos económicos, sociais e culturais:

- não pode ser o critério da determinabilidade ou determinação constitucional porque o texto da CRP nem sempre é coerente quanto ao grau de densidade conferido à positivação de direitos fundamentais, dele não fazendo depender o regime aplicável, podendo haver direitos determinados ao nível constitucional que sejam direitos sociais;

necessariamente implicam a respectiva justiciabilidade.

⁴³ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 437 e 438, *Objecção de consciência*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, VI, Lisboa, 1994, p. 186, e *A irretroactividade da norma fiscal na Constituição Portuguesa*, in *Ciência e Técnica Fiscal*, nº 387, Lisboa, Julho-Setembro de 1997, p. 84, tendo tido oportunidade, no primeiro daqueles escritos, de dizer o seguinte: "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".

Para uma distinção entre normas preceptivas e normas programáticas, v. Jorge Miranda, *A Constituição de 1976...*, pp. 135, 136, 346 e 347, e *Manual de Direito Constitucional*, II, 5ª ed., Coimbra, 2003, pp. 270 e ss.; Rogério Ehrhardt Soares, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, 1969, pp. 29 e 88 e ss.; Marcelo Rebelo de Sousa, *Direito Constitucional...*, pp. 96 e ss.; J. J. Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, 1982, pp. 166 e ss., pp. 293 e ss., pp. 313 e ss., pp. 317 e ss., e *Direito Constitucional*, pp. 183 e ss.; Gustavo Zagrebelsky, *Manuale di Diritto Costituzionale*, I, Torino, 1987, pp. 104 e ss.; Roberto Bin, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988, pp. 179 e ss.; Raul Machado Horta, *Estrutura, natureza e expansividade das normas constitucionais*, in *O Direito*, ano 124º, I-II, Janeiro-Junho de 1992, pp. 89 e ss.; J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos...*, pp. 50 e 51.

- *não pode ser o critério da natureza prestativa dos direitos* porque há direitos, liberdades e garantias que podem assumir uma feição positiva, exigindo a adopção positiva de certos comportamentos⁴⁴;
- *não pode ser o critério dos destinatários públicos dos direitos* porque inevitavelmente as exigências que nele se estabelecem integram a globalidade da Ordem Jurídica e não constituem uma “ilha” que isoladamente vincule apenas o poder público, embora se admita que o dever de cumprimento de um direito social mais fortemente impenda sobre o poder público do que sobre os restantes membros da comunidade política.

Esta é uma distinção que depois floresce em múltiplos efeitos de natureza prática, devendo realçar-se a importância de duas matérias mais delicadas na intervenção dos poderes infraconstitucionais, dentro do contexto geral dos regimes que são específicos de cada uma daquelas classes de direitos fundamentais⁴⁵: *a intervenção reguladora*; e *a intervenção restritiva*.

Em qualquer uma delas, *a força directiva dos direitos fundamentais que sejam direitos, liberdades e garantias é inevitavelmente mais forte do que aquela que os direitos económicos, sociais e culturais ostentam*.

Tanto a regulação quanto a restrição dos direitos, liberdades e garantias, comparativamente ao que sucede com os direitos económicos, sociais e culturais, se afiguram mais limitadas, quer ao nível material, quer ao nível organizatório:

Ao nível material, porquanto o carácter preceptivo das respectivas normas atributivas apenas consente uma muito limitada restrição, sendo de levar em consideração um dado conjunto de princípios que a regulam – os princípios da prospectividade, da abstracção, da generalidade, da protecção do conteúdo essencial e da autorização constitucional expressa e *ao nível organizatório*, dado que a intervenção deve ser feita sempre ao mais alto nível dos órgãos que dispõem do primado da competência legislativa, a partir de decisores de tipo parlamentar.

1.3.4. A CATEGORIZAÇÃO ESPECÍFICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS “ANÁLOGOS” COMO DIREITOS NÃO ENUMERADOS

As considerações acerca da exacta delimitação do conceito relevante de direitos, liberdades e garantias não se limitam à sua mera definição no quadro de *direitos fundamentais tipificados enumerados*.

⁴⁴ Como sucede com o direito à vida, que não é apenas o direito a não morrer, mas igualmente acolhe o direito a sobreviver e a salvar-se pela intervenção do Estado, ali através de um mínimo de subsistência (para, *v. g.*, não morrer de fome), aqui através do mecanismo de protecção civil perante acidentes ou catástrofes.

⁴⁵ Sobre estas duas diferentes formas de legislativamente intervir nos direitos fundamentais, *v.*, por todos, Jorge Bacelar Gouveia, *Regulação e limites dos direitos fundamentais*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 2^o sup., Lisboa, 2001, pp. 450 e ss.

É que se impõe também a relação desses direitos – que o sistema português de direitos fundamentais abundantemente pratica – com os que estão para além dos que constam do título II da Parte I da CRP, podendo ser localizados noutros lugares do texto constitucional: os *direitos, liberdades e garantias típicos não enumerados ou, noutra terminologia, os direitos fundamentais análogos*.

A CRP estabelece a orientação geral de não serem só os direitos, liberdades e garantias assim considerados no título II da Parte I da CRP que beneficiam do respectivo regime específico: o mesmo também se aplica “...aos direitos fundamentais de natureza análoga”⁴⁶.

Significa isto que outros direitos fundamentais há – com esta “natureza análoga” – que gozam do regime específico aplicável aos direitos, liberdades e garantias⁴⁷.

O ponto é seleccionar os direitos que integram tal categoria constitucional⁴⁸. A dificuldade que se levanta tem que ver com o sentido dessa sua “natureza análoga”.

Novamente se podem fazer sentir divergências dogmáticas nos índices que servem para a sua identificação, a qual se pode discutir quer como “conceito unitário” a toda a categoria de direitos, liberdades e garantias – todos seriam análogos uns dos outros – quer como “conceito funcionalmente restrito” à aferição de

⁴⁶ Art. 17º, *in fine*, da CRP. Sobre os direitos fundamentais de “natureza análoga”, bem como o respectivo regime, no plano doutrinário, v. Jorge Miranda, *O quadro dos direitos políticos na Constituição*, in AAVV, *Estudos sobre a Constituição*, I, Lisboa, 1977, p. 181, Art. 167º, alínea c), e 17º – *competência legislativa sobre direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores*, in AAVV, *Estudos sobre a Constituição*, I, Lisboa, 1977, pp. 392 e ss., *A Constituição de 1976...*, pp. 339 e ss., e *Manual...*, IV, pp. 149 e ss.; João Caupers, *Os direitos fundamentais...*, pp. 124 e ss., e *Os direitos dos trabalhadores em geral e direito de contratação colectiva em especial*, in AAVV, *Nos Dez Anos da Constituição*, Lisboa, 1986, p. 46; José Barros Moura, *A Constituição Portuguesa e os trabalhadores – da revolução à integração na CEE*, in AAVV, *Portugal – Sistema Político e Constitucional*, Lisboa, 1989, p. 822; J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos...*, pp. 124 e ss., e *Constituição...*, pp. 116 e 140 e ss.; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, pp. 529 e ss.; Jorge Bacelar Gouveia, *Objecção de consciência...*, p. 185; José de Oliveira Ascensão, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, Lisboa, 1993, pp. 105 e ss., e *Direito de autor e direitos fundamentais*, in AAVV, *Perspectivas Constitucionais*, II, Coimbra, 1997, pp. 190 e ss.; José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, pp. 197 e ss.

⁴⁷ Em termos jurisprudenciais, o Acórdão nº 373/91 do Tribunal Constitucional, de 17 de Outubro de 1991 (in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, XX, Lisboa, 1991, pp. 111 e ss.), defende a orientação de no regime dos direitos, liberdades e garantias se incluírem também normas sobre a produção legislativa, quanto ao seu núcleo essencial, numa posição de algum ecletismo: “Ora, entende o Tribunal que, de qualquer modo, cabem necessariamente na reserva da competência legislativa da Assembleia da República, por força das disposições combinadas dos artigos 17º e 168º, nº 1, alínea b), da CRP, as intervenções legislativas que contendam com o *núcleo essencial* dos «direitos análogos», por aí se verificarem as mesmas razões de ordem material que justificam a actuação legislativa parlamentar no tocante aos direitos, liberdades e garantias” (p. 121).

⁴⁸ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, p. 435, aí se distinguindo esses dois planos.

uma relação externa entre um grupo de direitos – os do título II da Parte I da CRP – e os restantes que se candidatassem, em razão da sua natureza, a uma extensão de regime, não possuindo esse critério uma similitude com o que unisse aqueles entre si.

A doutrina constitucional é dominada por uma *visão unitária do critério dessa analogia*, englobando, do mesmo passo, os direitos, liberdades e garantias enumerados e os direitos fundamentais análogos, através do critério que enuncia para os primeiros⁴⁹.

Da nossa parte, não se vê razão para construir um critério da analogia de feição autónoma, só para a relação entre os direitos, liberdades e garantias do título II da Parte I da CRP e os direitos fundamentais “análogos”: se esse diapasão não fosse o mesmo, sérias reservas se poriam a tal extensão de regime, que depende sempre, em última instância, da essência das categorias em presença⁵⁰.

O critério parece-nos ser, portanto, o que para nós também anima a distinção, mais geral, entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais, ou seja, o carácter preceptivo das normas que atribuem aqueles, por oposição ao carácter programático das normas que atribuem estes.

Os exemplos possíveis desses tipos de direitos fundamentais análogos são bastante numerosos, o que até certo ponto questiona a técnica do legislador constituinte, ainda que, por outra parte, comprove a importância da sua consagração constitucional.

No plano dos direitos análogos tipificados em preceitos constitucionais não pertencentes ao título II da Parte I da CRP, cumpre mencionar várias categorias de localização sistemática: no título I da Parte I da CRP, a respeito dos princípios

⁴⁹ Foi precisamente isso que frisámos noutra lugar (*Os direitos fundamentais à protecção dos dados pessoais informatizados*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 51, 1991-III, p. 717), a propósito de certa categoria de direitos, liberdades e garantias, acenando – na aplicação do regime dos direitos, liberdades e garantias – para a sua localização no título II da Parte I ou na equiparação à natureza desses direitos.

Com a aparente excepção de J. J. Gomes Canotilho (*Direito Constitucional*, p. 530), na medida em que enuncia um duplo critério que é diverso daquele que propugna na identificação dos direitos, liberdades e garantias, devendo a analogia ser procurada do seguinte modo: por um lado, a cada uma das categorias de direitos, liberdades e garantias e não em relação ao respectivo conjunto; por outro lado, a cada uma das espécies sistematizadas na Constituição – direitos, liberdades e garantias pessoais, de participação política e dos trabalhadores.

⁵⁰ A favor da dissociação entre os verdadeiros direitos, liberdades e garantias e os direitos fundamentais de natureza análoga, João de Castro Mendes (*Direitos...*, pp. 106 e 107), não considerando como direitos, liberdades e garantias, embora admitindo a extensão do regime, os direitos que não constem do título II da parte I da CRP.

Contra, utilizando indistintamente as expressões “direitos, liberdades e garantias análogos” ou os “direitos fundamentais análogos”, Jorge Miranda, *A Constituição de 1976...*, pp. 339 e 340, e *Manual...*, IV, pp. 149 e ss.

gerais: o direito de resistência e o direito de legítima defesa⁵¹, o direito de acesso ao Direito e à Justiça⁵² e o direito de queixa ao Provedor de Justiça⁵³; no título III da Parte I da CRP, sobre “Direitos e Deveres Económicos, Sociais e Culturais”: os direitos dos consumidores⁵⁴, o direito de iniciativa económica privada⁵⁵ e o direito de propriedade privada⁵⁶; na Parte II da CRP: o direito de participação dos trabalhadores na gestão das empresas do sector público⁵⁷ e o direito de resistência fiscal⁵⁸; na Parte III da CRP: os direitos dos administrados em geral⁵⁹ e o direito à objecção de consciência perante a defesa militar da Pátria⁶⁰.

1.4. O QUADRO GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA

Expostas as principais coordenadas que singularizam o sistema constitucional português em matéria de direitos fundamentais, e não sendo possível efectuar o seu estudo na especialidade, cumpre ainda deles apresentar um quadro global, partindo da própria sistemática seguida pelo articulado constitucional.

Na sequência da *summa divisio* que referimos entre os direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais, também o texto da CRP se louva nessa mesma distinção, transpondo-a para a sua organização interna.

Só que essa divisão não é por si só suficiente, sendo ainda necessário distribuir os direitos fundamentais em razão de outros critérios, como o do carácter enumerado ou não dos mesmos por referência ao lugar natural que ocupam na Parte I da CRP, mas que não vem a ser o lugar exclusivo, assim como a pertença directa ou remissiva dos direitos fundamentais no texto da Constituição Documental Portuguesa⁶¹.

⁵¹ Cfr. o art. 21º da CRP.

⁵² Cfr. o art. 20º da CRP.

⁵³ Cfr. o art. 23º da CRP.

⁵⁴ Cfr. o art. 60º da CRP.

⁵⁵ Cfr. o art. 61º, nº 1, da CRP.

⁵⁶ Cfr. o art. 62º da CRP.

⁵⁷ Cfr. o art. 89º da CRP.

⁵⁸ Cfr. o art. 103º, nº 3, da CRP.

⁵⁹ Cfr. o art. 268º da CRP.

⁶⁰ Cfr. o art. 276º da CRP.

⁶¹ Para uma minuciosa apresentação dos direitos fundamentais que são relevantes para a CRP, v., por todos, Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 313 e ss.

1.4.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS TÍPICOS E ENUMERADOS DO TÍTULO II

Os direitos fundamentais típicos e enumerados incluídos no título II da Parte I da CRP são os mais numerosos e desdobram-se nos seguintes tipos: o direito à vida⁶²; o direito à integridade pessoal⁶³; o direito à identidade pessoal⁶⁴; o direito ao desenvolvimento da personalidade⁶⁵; o direito à capacidade civil⁶⁶; o direito à cidadania⁶⁷; o direito ao bom nome e reputação⁶⁸; o direito à imagem⁶⁹; o direito à palavra⁷⁰; o direito à reserva da vida privada e familiar⁷¹; o direito à liberdade e à segurança⁷²; a garantia da proibição da retroactividade da lei penal incriminadora⁷³; a garantia da proibição da retroactividade das penas criminais⁷⁴; a garantia da aplicação retroactiva das leis penais mais favoráveis⁷⁵; a garantia do *ne bis in idem*⁷⁶; o direito dos injustamente condenados à revisão de sentença e à indemnização pelos danos sofridos⁷⁷; a garantia da não perpetuidade ou indeterminabilidade temporal das penas e medidas de segurança⁷⁸; a garantia da não transmissibilidade das penas⁷⁹; a garantia da não perda de direitos civis, profissionais e políticos como consequência da aplicação de penas criminais⁸⁰; a garantia da providência do *habeas corpus*⁸¹; a garantia da presunção de inocência do arguido⁸²; o direito do arguido à escolha e assistência de defensor⁸³; a garantia da instrução a cargo de um juiz⁸⁴;

⁶² Cfr. o art. 24º da CRP.

⁶³ Cfr. o art. 25º da CRP.

⁶⁴ Cfr. o art. 26º, nº 1, 1ª parte, da CRP.

⁶⁵ Cfr. o art. 26º, nº 1, 2ª parte, da CRP.

⁶⁶ Cfr. o art. 26º, nº 1, 3ª parte, da CRP.

⁶⁷ Cfr. o art. 26º, nº 1, 4ª parte, da CRP.

⁶⁸ Cfr. o art. 26º, nº 1, 5ª parte, da CRP.

⁶⁹ Cfr. o art. 26º, nº 1, 6ª parte, da CRP.

⁷⁰ Cfr. o art. 26º, nº 1, 7ª parte, da CRP.

⁷¹ Cfr. o art. 26º, nº 1, 8ª parte, da CRP.

⁷² Cfr. o art. 27º, nº 1, da CRP.

⁷³ Cfr. o art. 29º, nº 1, da CRP.

⁷⁴ Cfr. o art. 29º, nº 3, da CRP.

⁷⁵ Cfr. o art. 29º, nº 4, da CRP.

⁷⁶ Cfr. o art. 29º, nº 5, da CRP.

⁷⁷ Cfr. o art. 29º, nº 6, da CRP.

⁷⁸ Cfr. o art. 30º, nº 1, da CRP.

⁷⁹ Cfr. o art. 30º, nº 3, da CRP.

⁸⁰ Cfr. o art. 30º, nº 4, da CRP.

⁸¹ Cfr. o art. 31º, nº 1, da CRP.

⁸² Cfr. o art. 32º, nº 2, da CRP.

⁸³ Cfr. o art. 32º, nº 3, da CRP.

⁸⁴ Cfr. o art. 32º, nº 4, da CRP.

a garantia da estrutura acusatória do processo criminal e da aplicação do princípio do contraditório⁸⁵; a garantia da nulidade das provas obtidas com violação de direitos fundamentais⁸⁶; a garantia do juiz legal⁸⁷; os direitos de audiência e de defesa nos processos de contra-ordenação⁸⁸; a garantia da proibição da expulsão de cidadãos portugueses do território nacional⁸⁹; a garantia da proibição de extradição por motivos políticos⁹⁰; a garantia da proibição de extradição por crimes a que corresponde pena capital⁹¹; a garantia de a extradição ser decidida por autoridade judicial⁹²; a garantia de a expulsão ser decidida por autoridade judicial para quem permaneça ou entre regularmente no território português⁹³; o direito de asilo⁹⁴; a garantia da inviolabilidade do domicílio e do sigilo da correspondência e das telecomunicações⁹⁵; o direito ao controlo dos dados pessoais informatizados⁹⁶; a garantia da proibição de tratamento informatizado de dados pessoais⁹⁷; a garantia da proibição de atribuição de um número nacional único⁹⁸; o direito à constituição de família e ao casamento⁹⁹; a garantia da igualdade de direitos e deveres dos cônjuges quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos¹⁰⁰; o direito dos pais à educação e manutenção dos filhos¹⁰¹; a liberdade de expressão¹⁰²; a liberdade de informação¹⁰³; a liberdade de imprensa¹⁰⁴; o direito de antena¹⁰⁵; o direito de resposta e réplica política¹⁰⁶; a liberdade de consciência e o direito à ob-

⁸⁵ Cfr. o art. 32º, nº 5, da CRP.

⁸⁶ Cfr. o art. 32º, nº 6, da CRP.

⁸⁷ Cfr. o art. 32º, nº 7, da CRP.

⁸⁸ Cfr. o art. 32º, nº 8, da CRP.

⁸⁹ Cfr. o art. 33º, nº 1, da CRP.

⁹⁰ Cfr. o art. 33º, nº 2, da CRP.

⁹¹ Cfr. o art. 33º, nº 3, da CRP.

⁹² Cfr. o art. 33º, nº 4, da CRP.

⁹³ Cfr. o art. 33º, nº 5, da CRP.

⁹⁴ Cfr. o art. 33º, nº 6, da CRP.

⁹⁵ Cfr. o art. 34º, nº 1, da CRP.

⁹⁶ Cfr. o art. 35º, nº 1, da CRP.

⁹⁷ Cfr. o art. 35º, nº 3, da CRP.

⁹⁸ Cfr. o art. 35º, nº 5, da CRP.

⁹⁹ Cfr. o art. 36º, nº 1, da CRP.

¹⁰⁰ Cfr. o art. 36º, nº 3, da CRP.

¹⁰¹ Cfr. o art. 36º, nº 5, da CRP.

¹⁰² Cfr. o art. 37º, nº 1, 1ª parte, da CRP.

¹⁰³ Cfr. o art. 37º, nº 1, 2ª parte, da CRP.

¹⁰⁴ Cfr. o art. 38º da CRP.

¹⁰⁵ Cfr. o art. 40º, nº 1, da CRP.

¹⁰⁶ Cfr. o art. 40º, nº 2, da CRP.

jeção de consciência¹⁰⁷; a liberdade de religião e de culto¹⁰⁸; a liberdade de criação cultural¹⁰⁹; a liberdade de aprender e ensinar¹¹⁰; a liberdade de deslocação¹¹¹; a liberdade de circulação¹¹²; a liberdade de reunião e de manifestação¹¹³; a liberdade de associação¹¹⁴; a liberdade profissional¹¹⁵; o direito de acesso à função pública¹¹⁶; o direito à participação na vida política¹¹⁷; o direito à informação sobre os assuntos da governação¹¹⁸; o direito de sufrágio¹¹⁹; o direito de acesso a cargos públicos¹²⁰; a liberdade de criação de associações e partidos políticos¹²¹; o direito de petição¹²²; o direito de acção popular¹²³; a garantia da segurança no emprego¹²⁴; o direito à criação de comissões de trabalhadores e os respectivos direitos¹²⁵; a liberdade sindical¹²⁶; os direitos das associações sindicais¹²⁷; o direito à greve¹²⁸; a garantia da proibição do *lock out*¹²⁹.

1.4.2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS TÍPICOS E ENUMERADOS DO TÍTULO III

Os direitos fundamentais típicos e enumerados inseridos no título III da Parte I da CRP não são tão numerosos e apresentam uma estrutura essencialmente

¹⁰⁷ Cfr. o art. 41º, n.ºs. 1 e 6, da CRP.

¹⁰⁸ Cfr. o art. 41º, n.ºs. 2 e ss., da CRP.

¹⁰⁹ Cfr. o art. 42º da CRP.

¹¹⁰ Cfr. o art. 43º da CRP.

¹¹¹ Cfr. o art. 44º, n.º 1, da CRP.

¹¹² Cfr. o art. 44º, n.º 2, da CRP.

¹¹³ Cfr. o art. 45º da CRP.

¹¹⁴ Cfr. o art. 46º da CRP.

¹¹⁵ Cfr. o art. 47º, n.º 1, da CRP.

¹¹⁶ Cfr. o art. 47º, n.º 2, da CRP.

¹¹⁷ Cfr. o art. 48º, n.º 1, da CRP.

¹¹⁸ Cfr. o art. 48º, n.º 2 da CRP.

¹¹⁹ Cfr. o art. 49º, n.º 1, da CRP.

¹²⁰ Cfr. o art. 50º, n.º 1, da CRP.

¹²¹ Cfr. o art. 51º, n.º 1, da CRP.

¹²² Cfr. o art. 52º, n.º 1, da CRP.

¹²³ Cfr. o art. 52º, n.º 3, da CRP.

¹²⁴ Cfr. o art. 53º da CRP.

¹²⁵ Cfr. o art. 54º da CRP.

¹²⁶ Cfr. o art. 55º da CRP.

¹²⁷ Cfr. o art. 56º da CRP.

¹²⁸ Cfr. o art. 57º, n.º 1, da CRP.

¹²⁹ Cfr. o art. 57º, n.º 4, da CRP.

programática, sendo de referir os seguintes tipos: - o direito ao trabalho¹³⁰; os direitos dos trabalhadores¹³¹; os direitos dos consumidores¹³²; o direito de iniciativa económica¹³³; o direito à constituição de cooperativas¹³⁴; o direito de autogestão¹³⁵; o direito de propriedade privada e à indemnização por requisição e expropriação por utilidade pública¹³⁶; o direito à segurança social¹³⁷; o direito à protecção da saúde¹³⁸; o direito à habitação¹³⁹; o direito ao ambiente¹⁴⁰; o direito à protecção familiar¹⁴¹; o direito à protecção na paternidade e maternidade¹⁴²; o direito à protecção na infância¹⁴³; o direito à protecção na juventude¹⁴⁴; o direito à protecção na deficiência¹⁴⁵; o direito à protecção na terceira idade¹⁴⁶; o direito à educação e à cultura¹⁴⁷; o direito ao ensino¹⁴⁸; o direito à participação democrática no ensino¹⁴⁹; o direito à fruição e criação cultural¹⁵⁰; o direito à cultura física e ao desporto¹⁵¹.

1.4.3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS TÍPICOS NÃO ENUMERADOS

Os direitos fundamentais típicos não enumerados são os tipos de direitos ainda assim positivados no texto constitucional documental, mas que por razões várias se localizam fora da arrumação sistemática dos títulos II e III da Parte I da CRP, seja

¹³⁰ Cfr. o art. 58º da CRP.

¹³¹ Cfr. o art. 59º da CRP.

¹³² Cfr. o art. 60º, nº 1, da CRP.

¹³³ Cfr. o art. 61º, nº 1, da CRP.

¹³⁴ Cfr. o art. 61º, nº 2, da CRP.

¹³⁵ Cfr. o art. 61º, nº 3, da CRP.

¹³⁶ Cfr. o art. 62º, nº 1, da CRP.

¹³⁷ Cfr. o art. 63º, nº 1, da CRP.

¹³⁸ Cfr. o art. 64º, nº 1, da CRP.

¹³⁹ Cfr. o art. 65º, nº 1, da CRP.

¹⁴⁰ Cfr. o art. 66º, nº 1, da CRP.

¹⁴¹ Cfr. o art. 67º, nº 1, da CRP.

¹⁴² Cfr. o art. 68º, nº 1, da CRP.

¹⁴³ Cfr. o art. 69º da CRP.

¹⁴⁴ Cfr. o art. 70º, nº 1, da CRP.

¹⁴⁵ Cfr. o art. 71º da CRP.

¹⁴⁶ Cfr. o art. 72º da CRP.

¹⁴⁷ Cfr. o art. 73º, nº 1, da CRP.

¹⁴⁸ Cfr. o art. 74º, nº 1, da CRP.

¹⁴⁹ Cfr. o art. 77º da CRP.

¹⁵⁰ Cfr. o art. 78º, nº 1, da CRP.

¹⁵¹ Cfr. o art. 79º, nº 1, da CRP.

à mesma nessa Parte III, como no seu título I¹⁵², seja noutras partes, em número e importância que não se pode desconsiderar: o direito à igualdade¹⁵³; o direito à tutela jurisdicional¹⁵⁴; o direito à informação e consulta jurídicas e ao patrocínio judiciário¹⁵⁵; o direito de resistência¹⁵⁶; o direito de queixa ao Provedor de Justiça¹⁵⁷; o direito à participação na gestão das unidades de produção do sector público¹⁵⁸; o direito dos trabalhadores rurais e dos agricultores de participar na definição da política agrícola¹⁵⁹; o direito de não pagar impostos inconstitucionais¹⁶⁰; a liberdade de propaganda eleitoral e de apresentação de candidaturas¹⁶¹; o direito de oposição democrática¹⁶²; o direito de participação na gestão da Administração Pública¹⁶³; o direito à informação administrativa¹⁶⁴; o direito de acesso aos arquivos administrativos¹⁶⁵; a garantia à impugnação de actos administrativos¹⁶⁶; o direito de acesso à justiça para tutela de direitos e interesses legalmente protegidos¹⁶⁷; os direitos de audiência e defesa em processo disciplinar¹⁶⁸; o direito de desobediência a ordens ou instruções que impliquem a prática de um crime¹⁶⁹; o direito à defesa da Pátria¹⁷⁰; o direito a não ser prejudicado por ter cumprido o serviço militar obrigatório¹⁷¹.

1.4.4. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EXTRA-DOCUMENTAIS

Os direitos fundamentais extra-documentais, tipificados e remissivamente acolhidos pelo articulado constitucional a partir da Declaração Universal dos Di-

¹⁵² Apesar de se integrarem na parte dedicada aos direitos fundamentais, o seu título I, ao contrário dos títulos II e III, não se ocupa explicitamente da sua enumeração.

¹⁵³ Cfr. o art. 13º da CRP.

¹⁵⁴ Cfr. o art. 20º, nº 1, da CRP.

¹⁵⁵ Cfr. o art. 20º, nº 2, da CRP.

¹⁵⁶ Cfr. o art. 21º, da CRP.

¹⁵⁷ Cfr. o art. 23º, nº 1, da CRP.

¹⁵⁸ Cfr. o art. 89º da CRP.

¹⁵⁹ Cfr. o art. 98º da CRP.

¹⁶⁰ Cfr. o art. 103º, nº 3, da CRP.

¹⁶¹ Cfr. o art. 113º, nº 3, da CRP.

¹⁶² Cfr. o art. 114º, nº 2, da CRP.

¹⁶³ Cfr. o art. 267º, nº 1, da CRP.

¹⁶⁴ Cfr. o art. 268º, nº 1, da CRP.

¹⁶⁵ Cfr. o art. 268º, nº 2, da CRP.

¹⁶⁶ Cfr. o art. 268º, nº 4, da CRP.

¹⁶⁷ Cfr. o art. 268º, nº 5, da CRP.

¹⁶⁸ Cfr. o art. 269º, nº 3, da CRP.

¹⁶⁹ Cfr. o art. 271º, nº 3, da CRP.

¹⁷⁰ Cfr. o art. 276º, nº 1, da CRP.

¹⁷¹ Cfr. o art. 276º, nº 7, da CRP.

reitos do Homem, de 1948 (DUDH), são em pequeno número, mas devem salientar-se os seguintes, de acordo com os apertados termos que os tornam relevantes na Ordem Constitucional Portuguesa¹⁷²: o direito a um julgamento justo e público por um tribunal independente em qualquer processo não criminal¹⁷³; o direito de não ser privado arbitrariamente da sua nacionalidade¹⁷⁴; o direito de mudar de nacionalidade¹⁷⁵; o direito de não ser arbitrariamente privado da propriedade cooperativa e comunitária¹⁷⁶; a liberdade de pensamento¹⁷⁷; o direito de todas as pessoas, à excepção dos trabalhadores, ao repouso e aos lazeres¹⁷⁸; o direito a um nível suficiente de vida¹⁷⁹; - o direito a um julgamento justo.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA DE 1976 – ASPETOS ADJETIVOS¹⁸⁰

A primeira dimensão do regime geral dos direitos fundamentais respeita às orientações existentes no tocante à respectiva *atribuição*, numa matéria extremamente relevante sob o ponto de vista das vantagens que estão inerentes ao desfrute dos direitos fundamentais¹⁸¹.

Os eixos de análise que estão em causa são dois, simbolizados por dois princípios constitucionais: *o princípio da universalidade* e *o princípio da igualdade*.

Contudo, o pressuposto fundamental da operacionalização destes dois princípios – que, em grande medida, são princípios gerais de Direito – radica na concomitante atribuição da personalidade jurídica, além da pertinente capacidade jurídica, uma vez que os direitos fundamentais comungam, de um modo geral, da lógica dos direitos subjectivos, aproveitando-se o lastro mais desenvolvido da Dogmática do Direito Civil.

¹⁷² Não se esqueça que a recepção apenas abrange, no tocante aos tipos de direitos fundamentais, os que venham completar ou integrar o elenco dos direitos documentais e não também os que já estejam consagrados, sobreposição que não faria sentido nos termos do preceito constitucional.

¹⁷³ Cfr. o art. 10º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH).

¹⁷⁴ Cfr. o art. 15º, nº 2, 1ª parte, da DUDH.

¹⁷⁵ Cfr. o art. 15º, nº 2, *in fine*, da DUDH.

¹⁷⁶ Cfr. o art. 17º, nº 2, da DUDH.

¹⁷⁷ Cfr. o art. 18º, nº 1, da DUDH.

¹⁷⁸ Cfr. o art. 24º da DUDH.

¹⁷⁹ Cfr. o art. 25º da DUDH.

¹⁸⁰ Sobre toda esta matéria em geral, v., por todos, Jorge Bacelar Gouveia, *Manual...*, II, pp. 1070 e ss.

¹⁸¹ Em matéria de titularidade de direitos fundamentais, v. Nuno e Sousa, *A liberdade de imprensa*, Coimbra, 1984, pp. 84 e ss.; Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, III/1, pp. 999 e ss.; Albert Bleckmann, *Staatsrecht II...*, pp. 97 e ss.; Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, *Grundrechte...*, pp. 32 e ss.; Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais à protecção...*, pp. 709 e ss.; Jorge Miranda, *Manual...*, IV, pp. 215 e ss.; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria...*, pp. 415 e ss.; José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, pp. 124 e ss.

A maioria dos casos não suscita, sob este ponto de vista, qualquer dificuldade, dado que a atribuição de direitos fundamentais – ou, noutra terminologia, a titularidade de direitos fundamentais – segue exactamente os termos por que o Direito Civil, que funciona como Direito Comum, concebe a atribuição dos direitos subjectivos privados¹⁸².

Mas pode haver casos de descolagem entre a concepção comum – decalcada do Direito Civil – e a concepção do Direito Constitucional que redesenha tais conceitos em função da sua específica realidade, na positivação de certos tipos de direitos fundamentais.

O resultado jamais pode ser, como por vezes se sugere no Direito Civil, o da atribuição de direitos sem sujeito, pois isso seria um absurdo lógico-jurídico: o que é preciso reconhecer é a autonomia do Direito Constitucional no recorte específico da atribuição subjectiva de direitos fundamentais, mesmo que isso implique a não coincidência com os correspondentes conceitos do Direito Civil.

Os exemplos são vários, nalgumas hipóteses tendo o Direito Comum necessidade de acompanhar o passo em frente dado pela positivação dos direitos fundamentais: foi esse o caso dos direitos fundamentais das comissões de trabalhadores, entidades até então desconhecidas do mundo do Direito do Trabalho, mas que, por força do seu reconhecimento constitucional, lograram alcançar também personalidade jurídica colectiva¹⁸³.

Em qualquer caso, quem comanda o Direito Civil é o Direito Constitucional e não o contrário, sendo justo falar, mais do que de autonomia, de supremacia deste em relação àquele: foi pena que, a este propósito, o Tribunal Constitucional, na questão da despenalização do aborto, não tivesse enveredado pelo reconhecimento de subjectividade fundamental ao feto e do embrião antes de o Direito Civil traçar o início da personalidade jurídica com o “nascimento completo e com vida”, o que é manifestamente tardio em vista da protecção da vida humana que, evidentemente, não começa nesse momento, mesmo na sua projecção social¹⁸⁴.

¹⁸² Quanto aos conceitos de pessoa, personalidade e capacidade jurídicas, adquirido comum do Direito, e não apenas do Direito Civil, v. José Dias Marques, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, Coimbra, 1958, pp. 31 e ss.; João de Castro Mendes, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, Lisboa, 1978, pp. 79 e ss.; Carlos Alberto Da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 1985, pp. 191 e ss.; José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Teoria Geral*, I, Lisboa, 1997, pp. 116 e ss.; Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, Lisboa, 1999, pp. 31 e ss.; António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, vol. I, t. I, 2.^a ed., Coimbra, 2000, pp. 201 e ss.; Hans Kelsen, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, 3.^a ed., São Paulo, 2000, pp. 135 e ss.; Luís A. Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 3.^a ed., Lisboa, 2001, pp. 117 e ss.

¹⁸³ Cfr. o art. 54.^o da CRP.

¹⁸⁴ A respeito da questão da protecção jurídico-fundamental da vida humana antes do nascimento, enfrentando o problema da não atribuição formal de personalidade jurídica, de entre outros pro-

2.1. O PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE

O *princípio da universalidade* está consagrado no primeiro preceito inserido na Parte I da CRP, dedicada aos direitos fundamentais, em que se diz o seguinte: “Todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição”¹⁸⁵, depois se acrescentando que “As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza”¹⁸⁶.

O princípio da universalidade¹⁸⁷ igualmente acolhe outra perspectiva, qual seja a da titularidade dos direitos fundamentais por parte das pessoas considerando a categoria dos cidadãos, dos estrangeiros e dos apátridas, vigorando o princípio da equiparação, com desvios e contra-desvios¹⁸⁸.

A primeira faceta do princípio da universalidade diz respeito à questão de saber se as pessoas coletivas também são titulares de direitos fundamentais, podendo aqui subdistinguir-se entre pessoas coletivas públicas e privadas, e abrindo-se dentro de qualquer delas diversas classificações.

A orientação geral que se obtém é a de que as pessoas coletivas são titulares de direitos fundamentais, em nome deste princípio da universalidade, desde que os direitos fundamentais concretamente a analisar se harmonizem, na protecção concedida, ao sentido existencial da pessoa coletiva em causa, até podendo haver, no extremo, direitos fundamentais só para pessoas coletivas: a liberdade religiosa individual não se aplica numa sociedade comercial, mas a inviolabilidade do domicílio já pode ter razão de ser, em nome da protecção de segredos da atividade económica.

No tocante à distinção entre pessoas colectivas públicas e privadas, a lógica primária fundamental dos direitos fundamentais, a despeito de a formulação do princípio da universalidade não o dizer, não parece consentir que as pessoas coletivas públicas possam beneficiar de tais direitos: é que os direitos fundamentais, no Direito Constitucional, visam defender a liberdade e a autonomia da sociedade, não defender segmentos do poder contra outros segmentos de poder, ainda que pontualmente se possam admitir excepções.

blemas, v., por todos, Carlo Emilio Traverso, *La tutela costituzionale della persona umana prima della nascita*, Milano, 1977, pp. 15 e ss.

¹⁸⁵ Art. 12º, nº 1, da CRP.

¹⁸⁶ Art. 12º, nº 2, da CRP.

¹⁸⁷ Sobre o princípio da universalidade, pensando-se na abertura às pessoas colectivas, v. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais à protecção...*, pp. 709 e ss.; Jorge Miranda, *Manual...*, IV, pp. 219 e ss.

¹⁸⁸ Cfr. o art. 15º da CRP.

A outra faceta do princípio da universalidade diz respeito à titularidade de direitos fundamentais por parte de pessoas jurídicas que não sejam de cidadania portuguesa, residualmente interessando às pessoas colectivas estrangeiras¹⁸⁹.

A CRP adopta o *princípio da equiparação* segundo o qual os direitos fundamentais que se aplicam aos cidadãos portugueses beneficiam os cidadãos estrangeiros e os apátridas (que não têm cidadania alguma): “Os estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão português”¹⁹⁰.

Simplesmente, esta é uma orientação que comporta diversas limitações, as quais nem sequer se limitam aos direitos fundamentais, antes dizem respeito aos direitos subjectivos em geral.

A equiparação já não vigora, porém, não havendo qualquer extensão de direitos, no caso de “...direitos políticos, o exercício das funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico e os direitos e deveres reservados pela Constituição e pela lei exclusivamente aos cidadãos portugueses”¹⁹¹.

Mas a equiparação volta a funcionar para um grupo restrito de cidadãos estrangeiros – os cidadãos dos Estados de língua portuguesa¹⁹² e com residência permanente em Portugal, desde que havendo reciprocidade – em todos aqueles direitos, com exclusão, contudo, do “...acesso aos cargos de Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, Primeiro-Ministro, Presidentes dos tribunais supremos e o serviço nas Forças Armadas e na carreira diplomática”¹⁹³.

Há ainda equiparações específicas, com base na regra da reciprocidade, em matéria de capacidade eleitoral activa e passiva, tanto no âmbito das eleições autárquicas, para cidadãos estrangeiros residentes em Portugal, como no âmbito da eleição do Parlamento Europeu, para os cidadãos dos Estados membros da União Europeia, ditos cidadãos europeus¹⁹⁴.

2.2. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade está previsto no preceito seguinte, embora outros preceitos constitucionais dispersos apontem nesse mesmo sentido, estipulando-

¹⁸⁹ Cfr. Mário Torres, *O estatuto constitucional dos estrangeiros*, in *Scientia Iuridica*, n.º 290, Braga, 2001, pp. 7 e ss.

¹⁹⁰ Art. 15.º, n.º 1, da CRP.

¹⁹¹ Art. 15.º, n.º 2, da CRP.

¹⁹² Quanto ao estatuto dos cidadãos lusófonos, numa perspectiva dogmático-comparada, v. Wladimir Brito, *Cidadania transnacional ou nacionalidade lusófona?*, in *Direito e Cidadania*, ano VI, n.º 19, Janeiro a Abril de 2004, pp. 215 e ss.

¹⁹³ Art. 15.º, n.º 3, da CRP.

¹⁹⁴ Cfr. o art. 15.º, n.ºs. 4 e 5, da CRP.

se que “Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”¹⁹⁵, depois ainda se elencando critérios proibidos de discriminação.

O princípio da igualdade tem subjacente um juízo eminentemente comparatístico – o triângulo da igualdade – em que se colocam em confronto três realidades, os lados do triângulo: a providência que se pretende adoptar, genericamente o efeito jurídico a estipular; a situação que vai incorporar esse efeito jurídico; e a realidade que, não sendo atingida pela providência a decretar, é colocada em estrita comparação.

O princípio da igualdade desenvolve-se sob duas linhas fundamentais¹⁹⁶: *o tratamento igualizador*: tratar igualmente o que é materialmente igual, proibindo-se o tratamento discriminatório, positivo e negativo, que se funda em razões que não são objectivamente admissíveis; e *o tratamento diferenciador*: tratar diferentemente o que é materialmente desigual, o qual se justifica no facto de haver razões substanciais que o explique.

A listagem das razões que não podem justificar a discriminação negativa é meramente exemplificativa, podendo haver outras que não justifiquem tal tipo de tratamento, desde que não se afigurem materialmente justificadas sob a perspectiva do efeito jurídico que se pretende estabelecer.

O princípio da igualdade acolhe ainda outra perspectiva, que lhe foi acrescentada por força do princípio da socialidade, que é o princípio da igualdade social, o qual implica, em certos casos, a adopção de um tratamento diferenciador, positivamente discriminatório, em benefício de certos grupos ou situações.

2.3. O EXERCÍCIO JURÍDICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Outra dimensão do regime geral dos direitos fundamentais é a do seu *exercício*, com o que se desenha os termos por que as faculdades neles incluídas como direitos subjectivos, ou equivalentes, podem ser postas em acção, nomeadamente perguntando-se acerca da existência de limites às mesmas.

Eis um tema em que de novo o Direito Constitucional dos Direitos Fundamentais vai beneficiar – e muito absorver – das concepções e dos regimes que o Direito Civil já estabeleceu há muito e que devem considerar-se aplicáveis.

Esquematizando os problemas que estão em presença da óptica da limitação do exercício dos direitos, importa referir dois aspectos: *a regulação do exercício*; e *os limites do exercício*.

¹⁹⁵ Art. 13º, nº 1, da CRP.

¹⁹⁶ Cfr. *supra* nº 151.

2.3.1. A REGULAÇÃO DO EXERCÍCIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS SUAS MODALIDADES E FUNÇÕES

No Direito Constitucional Português, a categoria dos direitos fundamentais, do ponto de vista da sua localização sistemática no Ordenamento Jurídico, em grande medida se esteia na respectiva consagração no texto constitucional, que representa assim a sua fonte primacial.

Como a Dogmática dos Direitos Fundamentais tem recentemente mostrado, não se apresenta muitas vezes suficiente uma única intervenção desse texto normativo na sua qualidade de fonte constitucional, que tem o desiderato tornar tais direitos plenamente operativos.

É que importa que o modo da consagração dos direitos fundamentais seja alvo de intervenção normativa posterior, dita de *regulação* dos mesmos, podendo assumir uma destas duas possíveis configurações¹⁹⁷: *a regulamentação de direitos fundamentais* – quando a intervenção normativa, sendo útil no esclarecimento da sua estrutura e na disciplina do respectivo exercício, não se assume necessária; *a concretização de direitos fundamentais* – quando a intervenção normativa, sendo já indispensável para dar exequibilidade aos direitos, permite o respectivo exercício, bem como a delimitação dos seus contornos, prevenindo um eventual conflito com outros direitos¹⁹⁸.

A *regulação* dos direitos fundamentais pode ser vista sob diversas perspectivas funcionais, que lhe dão assim um largo campo de utilidade prática¹⁹⁹: i. para esclarecer e aclarar o conteúdo e o objeto dos direitos fundamentais; ii. para acomodar o respectivo exercício, tornando-o efectivo ou mais fácil; iii. para prevenir situações de abuso de exercício, estabelecendo os seus limites internos; iv. para evitar situações de colisão com outros direitos contíguos, traçando, segundo o princípio da concordância prática, as fronteiras entre eles.

2.3.2. A REGULAÇÃO CONSTITUCIONAL E EXTRA-CONSTITUCIONAL

Em alguns, poucos, casos, a regulação dos direitos fundamentais fica a cargo

¹⁹⁷ Cfr. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos...*, pp. 142 e 143; Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 445 e 446, e *Regulação e limites dos direitos fundamentais*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 2º sup., Lisboa, 2001, pp. 451 e ss.; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria...*, pp. 1261 e ss.; Jorge Miranda, *Manual...*, IV, p. 330; José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, pp. 283 e ss.

¹⁹⁸ Mostrando a importância desta legislação, regulamentadora e limitadora dos direitos fundamentais, está o conjunto apreciável de legislação ordinária atinente aos direitos fundamentais. Cfr. um seu razoável elenco em Jorge Bacelar Gouveia, *Legislação de Direitos Fundamentais*, 2ª ed., Coimbra, 2004, pp. 11 e ss.

¹⁹⁹ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Regulação...*, p. 451.

do próprio texto constitucional, que simultaneamente os positiva logo que se encarrega de estabelecer a respectiva regulação. Não é muito frequente, mas é uma possibilidade que, pontualmente, se encontra estabelecida²⁰⁰.

O caso mais paradigmático é o da liberdade de reunião: o texto constitucional, não se limitando a positivizar o direito, vai mais além na consagração dos respectivos contornos – dizendo que a reunião se entende como sendo “pacífica e sem armas” – e também na explicitação de o respectivo exercício ser livre – não dependendo o mesmo de “autorização” das autoridades públicas²⁰¹.

Outros casos podemos também referir: no direito à integridade pessoal, na sua vertente física, a especificação de que o mesmo não admite certas práticas, como a “tortura, os tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos”²⁰²; na liberdade religiosa, a especificação de que a mesma implica que “...Ninguém pode ser perseguido, privado de direitos ou isento de obrigações ou deveres cívicos por causa das suas convicções ou prática religiosa”²⁰³.

A intervenção normativo-constitucional nesta veste da regulação dos direitos fundamentais está longe, no entanto, de ser a regra, já que essa é a missão de que normalmente se desincumbe a lei infraconstitucional²⁰⁴.

Simplesmente, dado que o sistema de actos legislativos não é monista, cumpre diferenciar entre as intervenções legislativas que se operam no plano das (i) leis reforçadas e as intervenções normativas que se realizam no âmbito dos (ii) actos legislativos comuns, em qualquer destes não sendo ela directamente protagonizada pela própria CRP.

Porque o sistema português de actos legislativos é um sistema também parcialmente regionalizado, dada a existência de Regiões Autónomas dotadas de poder legislativo, pondera-se ainda a partilha por estas deste poder de intervenção legislativa reguladora dos direitos fundamentais.

Para os direitos fundamentais que sejam direitos, liberdades e garantias, a resposta parece evidente no sentido de só ser admissível a lei formal proveniente de órgãos nacionais.

O mesmo se deve concluir para os direitos económicos, sociais e culturais, porquanto esta matéria se deve implicitamente considerar como sendo uma

²⁰⁰ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Regulação...*, pp. 451 e 452.

²⁰¹ Art. 45º, nº 1, da CRP.

²⁰² Art. 25º, nº 2, da CRP.

²⁰³ Art. 41º, nº 2, da CRP.

²⁰⁴ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Regulação...*, pp. 452 e ss.

matéria da República, assim excluída da órbita de acção do poder legislativo regional.

Dentro da constelação de actos legislativos, numa evidenciação que a revisão constitucional de 1997 veio acentuar, há alguns deles que, não deixando de se considerar hierarquicamente pertencentes à lei ordinária, assumem uma especial força subordinante de outros actos legislativos.

É aquilo a que a CRP chama “leis de valor reforçado”, cuja categoria abrangge, numa definição dogmáticamente discutível, três realidades distintas: as leis orgânicas, as leis aprovadas por dois terços e as leis cujo conteúdo se imponha a outras leis²⁰⁵.

A matéria da regulação dos direitos fundamentais sem qualquer dúvida que ocupa um lugar de relevo neste grupo de actos legislativos, em testemunho claro, aliás, da respectiva importância no contexto dos tipos de intervenção legislativa que se antolham possíveis.

Quanto às leis orgânicas, é de mencionar o facto de estas poderem respeitar aos direitos fundamentais se incidirem nas seguintes questões: o direito de sufrágio, as eleições e os referendos, o direito à cidadania portuguesa e a liberdade de associação e de partidos políticos.

Quanto às leis que carecem de ser aprovadas por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções, sublinhe-se a atribuição do direito de sufrágio aos cidadãos portugueses residentes no estrangeiro para a eleição do Presidente da República²⁰⁶.

Nos restantes casos, não abrangidos pelas específicas intervenções que constitucionalmente se prevêem na categoria de leis de valor reforçado, verifica-se a adopção de um esquema dualista quanto ao tipo de intervenção legislativa reguladora dos direitos fundamentais, precisamente em razão da diferenciação entre os direitos, liberdades e garantias e os direitos económicos, sociais e culturais²⁰⁷.

Para os direitos, liberdades e garantias, estabelece-se uma genérica reserva relativa de competência legislativa em favor da Assembleia da República: tudo quanto diga respeito à legislação nesta matéria²⁰⁸, submete-se a este tipo de in-

²⁰⁵ Cfr. o art. 112º, nº 3, da CRP.

²⁰⁶ Cfr. o art. 121º, nº 2, da CRP.

²⁰⁷ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, p. 444; Jorge Miranda, *Manual...*, IV, pp. 376 e ss.

²⁰⁸ Por força da al. b) do nº 1 do art. 165º da CRP.

tervenção. Ela tem como característica a possibilidade de uma intervenção parlamentar, que pode, em todo o caso, ser delegável no Governo, mediante autorização legislativa.

Já quanto aos direitos económicos, sociais e culturais, a regra é outra e consiste na partilha da intervenção legislativa entre a Assembleia da República e o Governo: tanto aquela, através de lei, como este, por intermédio de decreto-lei, podem legislar para essa categoria de direitos fundamentais²⁰⁹.

Este é um esquema que funciona, como refere José Carlos Vieira de Andrade, em termos de cláusula de autorização geral para uma intervenção legislativa reguladora dos direitos fundamentais²¹⁰.

No tocante a certos direitos fundamentais, porém, o texto constitucional, do mesmo passo que os positivos, refere particularmente essa tarefa como estando a cargo de legisladores específicos: a lei que deve estabelecer as "...garantias efectivas contra a utilização abusiva, ou contrária à dignidade da pessoa humana, de informações relativas às pessoas e famílias"²¹¹; a lei que deve definir o "...conceito de dados pessoais, bem como as condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização"²¹²; a lei que deve regular "a adopção", bem como os termos da respectiva tramitação célere²¹³; a lei que deve garantir o "...direito de objecção de consciência"²¹⁴.

Todavia, é de equacionar regras só para alguns direitos fundamentais, que implicam da parte do texto constitucional um desvio relativamente àquelas duas traves-mestras da organização do poder legislativo na regulação dos direitos fundamentais, de acordo com o seguinte esquema, em que se podem incluir direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais:

- *casos de reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia da República para direitos, liberdades e garantias*: é o que sucede com a liberdade de ensino (no que tenha de pertinente com as bases do sistema de ensino), com o direito à liberdade física (no que possa relacionar-se com o regime das forças de segurança) ou ainda com o estatuto dos cargos públicos (a liberdade de exercício de cargos públicos);

²⁰⁹ Não obstante esta divisão, é a própria CRP que entende reiterar a mesma consequência da reserva relativa de competência legislativa parlamentar para alguns direitos, liberdades e garantias: o estado e a capacidade das pessoas, a expropriação por utilidade pública e as garantias dos administrados.

²¹⁰ Cfr. José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, p. 228, nt. nº 28.

²¹¹ Art. 26º, nº 2, da CRP.

²¹² Art. 35º, nº 2, da CRP, diploma que é a Lei nº 67/98.

²¹³ Cfr. o art. 36º, nº 7, da CRP.

²¹⁴ Art. 41º, nº 6, da CRP, que é depois densificado pela Lei da Objecção de Consciência.

- *casos de reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República para direitos económicos, sociais e culturais*: bases do sistema da segurança social (no que concerne ao direito à segurança social), bases do serviço nacional de saúde (no que respeite ao direito à protecção da saúde), bases do sistema de protecção da natureza, do equilíbrio ecológico e do património cultural (naquilo que seja pertinente ao direito ao ambiente e ao direito à cultura).

Não sendo a situação mais comum, a positivação constitucional da tipologia de direitos fundamentais é acompanhada, por vezes, da enunciação simultânea de limites de conteúdo e de objecto dos mesmos.

São situações em que o legislador constitucional, em vez de deferir essa tarefa à lei, prefere logo estabelecer tais limites, quer por razões de técnica normativa, quer por razões de ordem política²¹⁵.

Por não se tratar de uma situação habitual, não é possível deparar com numerosos exemplos dessa *limitação constitucional expressa* de direitos fundamentais.

Ainda assim, é viável apresentar dois casos mais flagrantes: a impossibilidade de a privação da cidadania e da capacidade civil, ambas reconhecidas através dos respectivos direitos fundamentais, se fundar em motivos políticos, podendo assim abranger outros motivos²¹⁶; a possibilidade da extradição de cidadãos portugueses, em princípio vedada, segundo condições de reciprocidade estabelecidas em convenção internacional, nos casos de terrorismo e de criminalidade internacional organizada, sempre que o Estado requisitante ofereça garantias de um processo justo e equitativo²¹⁷.

2.4. AS LIMITAÇÕES IMPLÍCITAS DO EXERCÍCIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A consagração dos direitos fundamentais na CRP, como tivemos ocasião de observar, não se reduz ao respectivo texto constitucional, mas antes acolhe – e, para alguns, mesmo com valor hierárquico constitucional – outras possíveis fontes.

Um lugar à parte nessas fontes extra-constitucionais que se afiguram atinentes aos direitos fundamentais é indubitavelmente conferido à DUDH, aprovada por resolução da Assembleia Geral da ONU, em 10 de Dezembro de 1948²¹⁸.

²¹⁵ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Regulação...*, pp. 454 e ss.

²¹⁶ Cfr. o art. 26º, nº 4, da CRP.

²¹⁷ Cfr. o art. 33º, nº 3, da CRP.

²¹⁸ A respeito da relevância constitucional da DUDH em geral, v. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos...*, p. 143, e *Constituição...*, pp. 138 e 139; Paulo Otero, *Declaração Universal dos Direi-*

Em matéria de *limitações implícitas aos direitos fundamentais*, é de equacionar a função que aquela relevante carta internacional de direitos do homem possa desempenhar no seio do sistema constitucional português de direitos fundamentais²¹⁹.

Eis uma questão que se tem posto à doutrina no preciso ponto de saber se essa DUDH pode ser invocada para se proceder, no plano interno, a uma limitação aos direitos fundamentais.

Vai exactamente nesse sentido um dos seus preceitos com uma cláusula geral do seguinte teor: “No exercício destes direitos e no gozo destas liberdades, ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática”²²⁰.

O modo por que esta questão tem sido posta permite enquadrar as posições expandidas em dois grupos, o dos que aceitam essa aplicação limitadora e o dos que a rejeitam:

- a) a primeira posição apresenta como argumento o facto de, na ausência de uma cláusula geral de limitação dos direitos fundamentais inserta no texto da CRP, ser sempre possível, havendo uma lacuna de regulamentação e apelando-se à respectiva função integradora, que tal preenchimento se possa realizar segundo os termos da DUDH, neste particular com uma disposição aplicável²²¹;
- b) a outra posição não admite que a invocação da DUDH possa ser feita com um espírito limitador ou constringente do sistema de direitos fundamentais, unicamente se enquadrando a mesma função integradora num sentido mais favorável ao cidadão e contra o poder²²².

Do nosso ponto de vista, a resposta a dar a este problema jamais pode desenraizar-se dos termos por que a CRP realiza o chamamento da DUDH.

tos do Homem e Constituição: a inconstitucionalidade de normas constitucionais?, in *O Direito*, nº 122, III-IV, Julho-Dezembro de 1990, pp. 603 e ss.; Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 145 e ss., e *A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição Portuguesa*, in AAVV, *75 Anos da Coimbra Editora*, Coimbra 1998, pp. 925 e ss.; Jorge Miranda, *Manual...*, IV, pp. 156 e ss.; José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, pp. 40 e ss.

²¹⁹ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Regulação...*, pp. 455 e 456.

²²⁰ Art. 29º, nº 2, da DUDH. Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Legislação de Direito Constitucional*, Coimbra, 2005, p. 98.

²²¹ Com este ponto de vista, José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, p. 300; Jorge Miranda, *Manual...*, IV, p. 161.

²²² Neste sentido, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, p. 139.

Compulsando a letra e o espírito do referido preceito, não parece que possa haver dúvidas, na vertente integrativa, de que tal cláusula deva ser acolhida: não tendo a esse respeito a CRP uma resposta, e a mesma sendo claramente dada na DUDH, é inteiramente legítimo que a ela se recorra para a integração dessa lacuna do catálogo constitucional de direitos fundamentais²²³.

2.5. OS LIMITES INTERNOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os *limites internos* dos direitos fundamentais assumem razão de ser em nome do reconhecimento de que a formulação das respetivas faculdades não podem em abstrato legitimar o seu uso em qualquer circunstância ou preenchendo toda e qualquer finalidade.

O exercício dos direitos fundamentais, ainda que formalmente tais limites não tenham sido formulados, indexa-se à limitação que deriva do respeito por valores gerais do sistema constitucional, que circunstancialmente podem impedir certos exercícios dos direitos fundamentais, tal como no Direito Civil do mesmo modo se apresenta uma cláusula geral de exercício abusivo dos direitos fundamentais.

Se em teoria esta posição não pode ser criticável, pensando no sistema português de direitos fundamentais, ela pode ser difícil de implantar porquanto não existe qualquer cláusula semelhante à que vigora no Código Civil Português (CC), podendo o resultado ser o da inadmissibilidade de qualquer limitação geral ao exercício dos direitos.

Essa é uma conclusão, no entanto, que não podemos aceitar, sendo certo que o recurso à DUDH se afigura muito útil, aplicando um dos seus preceitos, que fornece indicações sobre a admissibilidade de alguns limites, insertos num texto insuspeito na protecção efetiva dos direitos do homem²²⁴.

Daí que possamos encontrar aqui um apoio seguro, por força da recepção da própria DUDH no Direito Constitucional Português, para aceitar a existência de uma cláusula geral de limitação ao exercício dos direitos fundamentais.

Obviamente que essa disposição, assim aplicável, não impede que outras cláusulas possam igualmente funcionar, mas já microscopicamente ao nível de direitos fundamentais em particular, não tanto numa escala macroscópica, que só aquela cláusula pode dar.

²²³ Assim, Paulo Otero, *Declaração Universal...*, pp. 610 e 611; Jorge Bacelar Gouveia, *A Declaração Universal...*, pp. 945 e ss., e *Regulação...*, pp. 455 e 456.

²²⁴ Art. 29º, nº 2, da DUDH.

2.6. OS LIMITES EXTERNOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os *limites externos* dos direitos fundamentais já se relacionam com o problema da *colisão de direitos*²²⁵, dando-se o caso de, em simultâneo, dois ou mais direitos serem insusceptíveis de aplicação, total ou parcial, numa questão já extrínseca porque derivada do facto de haver a presença de dois ou mais direitos de titulares distintos.

Também aqui o CC dispõe de preceito que se destina a iluminar um caminho possível, fazendo uma distinção entre direitos da mesma espécie e direitos de gabarito distinto, propondo uma solução em razão de um critério de hierarquia valorativa.

Para a CRP, enfrentamos o problema idêntico de não ser possível encontrar disposição semelhante, sendo embora o problema mais fundo, pois que se duvida da solução que pudesse ser dada apenas por aquela cláusula geral.

Num certo sentido, a diferenciação hierárquico-formal com que parte o CC é inaplicável porque os direitos fundamentais são todos equivalentes, não havendo a heterogeneidade formal e material ali prevista, Direito Civil que, diversamente do Direito Constitucional, contém uma gama muito mais diversificada de direitos subjectivos.

Mas também não se pode cair no extremo oposto de pensar que os direitos fundamentais, apenas por o serem, se apresentam, todos, com a mesma dignidade de material num caso de colisão de direitos.

É por isso que a cláusula geral do CC pode ajudar a resolver o problema no Direito Constitucional, ainda que apenas esboce uma solução incompleta, que passa pelo seguinte esquema em caso de colisão de direitos fundamentais²²⁶: a aplica-

²²⁵ A respeito da delimitação das situações de colisão de direitos fundamentais, bem como dos diversos esquemas de resolução desses conflitos, incluindo a teoria da ponderação de bens e da concordância prática, v. J. J. Gomes Canotilho, *Constituição dirigente...*, pp. 199 e 200, *Direito Constitucional*, pp. 643 e ss., e *Direito Constitucional e Teoria...*, pp. 1269 e ss.; Enrique Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, 1984, pp. 413 e ss.; Nuno e Sousa, *A liberdade...*, pp. 290 e ss.; José Lamego, «Sociedade aberta» e liberdade de consciência, Lisboa, 1985, pp. 75 e 76; Ricardo Gouveia Pinto, *A colisão de direitos fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976*, Lisboa, 1988, pp. 18 e ss.; José Manuel Cardoso da Costa, *A hierarquia...*, pp. 15 e ss.; Albert Bleckmann, *Staatsrecht II...*, pp. 391 e ss.; Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, *Grundrechte...*, pp. 80 e ss.; J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos...*, pp. 135 e ss.; Manuel Cavaleiro de Ferreira, *Lições de Direito Penal*, I, Lisboa, 1992, pp. 210 e ss.; Agostinho Eiras, *Segredo de justiça e controlo de dados pessoais informatizados*, Coimbra, 1992, pp. 94 e ss.; Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993, pp. 87 e ss., e pp. 157 e ss.; Peter Häberle, *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, San Miguel, 1997, pp. 86 e ss.; Klaus Stern, *Das Staatsrecht...*, III/2, pp. 603 e ss.; José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, pp. 320 e ss.

²²⁶ Relativamente ao enquadramento deste critério de valorização ética, J. Dias Marques, *Teoria Geral...*, I, pp. 298 e 299; Fernando Andrade Pires de Lima e João de Matos Antunes Varela, *Código Civil*

ção preferente do direito fundamental considerado valorativamente superior em relação a outro direito fundamental e a aplicação concordante dos direitos fundamentais considerados valorativamente equivalentes.

O critério valorativo só é aplicável no caso de ser possível, na colisão de direitos em causa, considerar um dos direitos valorativamente superior em relação a outros direitos na situação conflitual²²⁷.

O *critério da concordância* prática significa que, perante direitos fundamentais valorativamente equivalentes, devem todos eles ser limitados, cedendo todos por igual e impondo-se uma mesma bitola limitativa²²⁸.

Esta matéria da colisão de direitos fundamentais tem subjacente uma avaliação valorativa que só pode ser dada pela *ponderação de bens* que os direitos fundamentais são portadores, sem cuja chave a resposta tornar-se-á virtualmente impossível.

Pelo que é um esforço praticamente inútil se o caminho for o do formalismo das categorias constitucionais, como se este problema se pudesse resolver com base numa hierarquia abstracta de direitos fundamentais apenas feita com base na sua diversa localização no articulado constitucional.

Não: a apreciação deve ser tipológica, e não abstracta, e deve suscitar uma ponderação dos bens envolvidos nos direitos fundamentais, naturalmente a questão da localização sistemática podendo ser um dos elementos auxiliares, mas não certamente o único, nem certamente podendo sobrepor-se à consistência material do objecto e do conteúdo de cada direito fundamental em questão²²⁹.

Como muito bem alerta José Carlos Vieira de Andrade, “Na metodologia para resolução de conflitos entre direitos, tem de atender-se fundamentalmente a três

anotado, I, Coimbra, 1967, pp. 217 e 218; João de Castro Mendes, *Teoria Geral...*, I, pp. 354 e 355; Luís Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, Lisboa, 1983, p. 76; Heinrich Ewald Hörster, *A parte geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 1992, pp. 281 e ss.; José de Oliveira Ascensão, *Teoria Geral...*, I, pp. 272 e ss.

²²⁷ Exemplo: em caso de colisão entre a honra e a privacidade, este deve prevalecer contra o direito à informação.

²²⁸ Exemplo: em caso de colisão de direitos de manifestação por uma mesma via pública, deve qualquer deles ser decepado no que for suficiente para que todos se possam exercer.

²²⁹ Mas também pode suceder que não se faça uma conveniente apreciação dos bens em presença, numa tarefa de ponderação de bens que pode ser obscurecida por diversos preconceitos. Essa foi a tentativa levada a cabo pelo Tribunal Constitucional aquando da aprovação da primeira lei que despenalizou algumas das categorias de aborto, matéria que depois se recolocaria em 1998 aquando da realização de um referendo, que terminou com a vitória do não ao aborto livre. Quanto a esta discutível ponderação de bens que o Tribunal Constitucional levou a cabo, v. Jorge Bacelar Gouveia, *Pela dignidade do ser humano não nascido*, in AAVV, *Vida e Direito – Reflexões sobre um referendo* (org. Jorge Bacelar Gouveia e Henrique Mota), Lisboa, 1998, pp. 73 e ss.

*factores, ponderando, num juízo global, mas em função de cada um deles, todas as circunstâncias relevantes no caso concreto”, depois referindo o “...âmbito e graduação do conteúdo dos preceitos constitucionais em conflito (...), a natureza do caso (...) e a condição e o comportamento das pessoas envolvidas...”*²³⁰.

2.7. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS ABSOLUTOS

É bastante frequente, no plano doutrinário, retirar a conclusão de que os *direitos fundamentais absolutos* – os que nem em estado de excepção podem ser tolhidos – se posicionam num estalão supremo da Ordem Jurídica e sendo, por conseguinte, logo prevaletentes sobre quaisquer outros direitos que com eles entrem em conflito.

Esta é também uma conclusão que muitas vezes é veiculada por concepções hierarquizantes dos direitos fundamentais, segundo as quais a superação das colisões entre os direitos fundamentais se efectua de acordo com uma tabela rígida²³¹.

No entanto, esta não é uma teoria inteiramente convincente, tendo-se assinalado – como é o caso, uma vez mais, de José Carlos Vieira de Andrade – a impossibilidade da fixação geral de um quadro hierarquizado e prévio de direitos

²³⁰ José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, pp. 327 e 328.

²³¹ Dessa concepção se faz eco, no Direito Constitucional Português, *v. g.*, Jorge Miranda, que propõe que estes direitos ocupem uma posição cimeira, tanto do ponto de vista do regime dos direitos fundamentais como da respectiva conexão com a dignidade da pessoa humana, seguindo-se, depois, as outras possíveis categorias que contam com regras progressivamente menos protectoras:

a) de acordo com o primeiro critério, são de referir (i) os direitos fundamentais absolutos, (ii) os direitos, liberdades e garantias do título II da Parte I da CRP, (iii) os direitos fundamentais de natureza análoga dispersos noutras partes da CRP, (iv) os direitos constitucionais dos trabalhadores que não sejam direitos, liberdades e garantias, (v) outros direitos económicos, sociais e culturais constantes simultaneamente da CRP e da DUDH, (vi) os restantes direitos económicos, sociais e culturais consignados na CRP, (vii) os direitos fundamentais de natureza análoga constantes de lei e de regras internacionais e (viii) outros direitos fundamentais constantes de leis e de regras internacionais (cfr., com ligeiras diferenças, *A Constituição de 1976...*, pp. 357 e 358, e *Manual...*, IV, pp. 194 e 195);

b) relativamente ao outro critério, são de mencionar os direitos fundamentais absolutos, em primeiro lugar, seguidos pelas seguintes categorias – (i) os direitos, liberdades e garantias pessoais comuns, (ii) os direitos económicos, sociais e culturais comuns, (iii) os direitos, liberdades e garantias de participação política, (iv) os direitos, liberdades e garantias pessoais particulares e direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, (v) os direitos, liberdades e garantias dispersos no texto constitucional, (vi) os direitos económicos, sociais e culturais particulares, (vii) os direitos, liberdades e garantias constantes de leis e regras internacionais e (viii) os outros direitos fundamentais constantes de leis e regras internacionais (cfr. *Manual...*, IV, pp. 176 e 289).

Na mesma esteira hierarquizante se situando Miguel Faria (*Direitos fundamentais e direitos do homem*, I, Lisboa, 1992, pp. 95 e 96), propugnando cinco categorias de direitos fundamentais, progressivamente menos relevantes: 1) os direitos não susceptíveis de suspensão; 2) demais direitos, liberdades e garantias com regime próprio; 3) os direitos fundamentais de natureza análoga; 4) demais direitos abrangidos pelos limites materiais à revisão constitucional; 5) os direitos económicos, sociais e culturais.

fundamentais para fazer face a situações de colisão, pois que a “...solução dos conflitos e colisões não pode ser resolvida com recurso à ideia de uma ordem hierarquizada dos valores constitucionais”²³².

Tal é também a opinião de J. J. Gomes Canotilho, para quem não é possível, *in abstractu*, o estabelecimento de uma hierarquização, sendo antes necessário proceder a uma apreciação concreta, segundo a teoria da ponderação dos bens²³³. Feita essa análise, estaria então o intérprete habilitado a decidir, importando primeiro efectuar uma harmonização e só depois aplicar uma orientação de prevalência²³⁴.

Nós igualmente perfilhamos a opinião de que, em matéria de colisão de direitos fundamentais, não seria admissível uma solução de tipo rígido, desde logo porque essa hierarquização acabaria por ser pouco praticável, não resolvendo todos os conflitos existentes, a começar pelos que se verificam entre os direitos de uma mesma categoria hierarquizada.

É assim irrealista pensar que se podem resolver os problemas de colisão de direitos com base numa simples tábua fixa de direitos, formulada abstracta e antecipadamente, porque não apenas descolada da realidade como nem sequer pertinente para os eventuais conflitos que derivassem da colisão entre as categorias dos direitos mencionados. Os esquemas lógico-substantivos não permitem a busca de uma solução constitucionalmente adequada.

O certo é que também a solução da concordância prática não permite resolver todos os problemas. Se é verdade que muitos conflitos se solucionam diminuindo, no plano concreto, igualmente o alcance dos direitos conflitantes, não é menos verdade que, noutras situações, tal tarefa não é possível e a concordância prática tem de ser complementada ou substituída por uma ideia de prevalência, tal a gravidade da colisão na lesão dos direitos em questão.

É neste cruzamento metodológico que os direitos fundamentais absolutos se podem constituir como um auxiliar importante na resolução dos conflitos entre direitos fundamentais, enquanto exprimam um critério geral de ordem ética, como é, no caso, o da dignidade da pessoa humana²³⁵, que se conxiona directamente com a tipificação daqueles direitos fundamentais absolutos.

²³² José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, p. 321, acrescentando que “A ordem constitucional dos direitos fundamentais é, desde logo, uma *ordem pluralista e aberta* e, por isso, não-hierárquica”.

²³³ Cfr. também Jörg Paul Müller, *Eléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, Berne, 1983, pp. 168 e ss.

²³⁴ Cfr. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, pp. 646 e 647, e *Protecção do ambiente e direito de propriedade (crítica de jurisprudência ambiental)*, Coimbra, 1995, pp. 90 e 91.

²³⁵ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, p. 397.

Através da ponderação concreta de bens, os direitos fundamentais absolutos erigem-se a pauta autónoma nessa análise, determinando a sua prevalência comparativamente a outros bens ou direitos que com eles conflituem²³⁶.

2.8. A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Um último aspecto do regime geral dos direitos fundamentais mostra-se concernente aos mecanismos que são constitucionalmente concebidos para os defender contra as violações de que sejam alvo.

A posição jurídico-constitucional dos direitos fundamentais, bem como a tipificação e a abertura da respectiva positivação, são elementos cruciais na obtenção de um desiderato de efectividade desses mesmos direitos fundamentais.

Simplesmente, sem a implantação de mecanismos de ordem prática destinados à sua defesa, nunca essa efectivação poderia passar do papel e penetrar na realidade constitucional do quotidiano dos cidadãos que fossem turbados na titularidade e exercício desses seus direitos.

É por isso que a protecção dos direitos fundamentais jamais se pode bastar com a sua mera existência, por mais numeroso e rico que seja o seu elenco constitucional²³⁷.

Contudo, tornou-se indispensável contar, no plano do Direito Constitucional, com o contributo de duas instâncias do poder público que podem, neste âmbito, desempenhar um papel indiscutível, numa dicotomia entre duas espécies de *tutela dos direitos fundamentais: a tutela não contenciosa; e a tutela contenciosa*.

2.8.1 A TUTELA NÃO CONTENCIOSA E O PAPEL DO PROVIDOR DE JUSTIÇA

A *tutela não contenciosa* abrange os mecanismos que determinam a possibilidade de defender os direitos fundamentais sem ser necessário recorrer aos tribunais.

²³⁶ E por isso não podemos ir tão longe quanto José Carlos Vieira de Andrade (*Os direitos fundamentais...*, p. 323), quando duvida mesmo da aplicabilidade de um critério valorativo de prevalência no tocante aos direitos fundamentais absolutos, dizendo que “Os próprios bens da vida e integridade pessoal, que o n.º 4 do art. 19.º parece positivamente considerar como bens supremos da comunidade, podem ser sacrificados, total ou parcialmente, em determinadas situações: basta lembrar, em geral, para além do estado de guerra, os casos de rapto em que os Governos se recusam a negociar com os terroristas e proibem até as famílias de satisfazerem os pedidos de resgate...”

²³⁷ Sobre a tutela dos direitos fundamentais em geral, v. José Manuel Cardoso da Costa, *A tutela constitucional dos direitos fundamentais*, Lisboa, 1980; Jorge Bacelar Gouveia, *O regime profissional do pessoal paramédico constante do Decreto-Lei n.º 320/99 e a Constituição Portuguesa*, in *O Direito*, ano 132.º (2000), III-IV, pp. 524 e ss., e *A afirmação dos direitos fundamentais...*, pp. 69 e 70; Jorge Miranda, *Manual...*, IV, pp. 254 e ss.; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria...*, pp. 491 e ss.; José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, pp. 337 e ss.

A sua defesa muitas vezes passa pela consciencialização do poder público para o respectivo cumprimento, com a activação de instrumentos que interferem junto dos próprios titulares do poder que ofende esses direitos.

Está em causa, em primeiro lugar, a própria Administração Pública, cabendo-lhe boa parte da responsabilidade nas violações que são cometidas. Ora, há meios destinados a fazer ver à actuação administrativa a necessidade de rever os actos praticados, com isso se restabelecendo a juridicidade no que respeita aos órgãos administrativos.

É igualmente de referir órgãos que, não fazendo parte dos tribunais, podem da mesma forma exercer uma actividade de controlo quanto ao respeito da defesa dos direitos fundamentais, a partir de uma actuação independente – é o caso do Provedor de Justiça, com uma larguíssima tradição na Europa do Norte.

O Provedor de Justiça desenvolve uma protecção informal dos direitos fundamentais na medida em que lhe incumbe “...a defesa e promoção dos direitos, liberdades e garantias e interesses legítimos dos cidadãos, assegurando, através de meios informais, a justiça e a legalidade do exercício dos poderes públicos”²³⁸.

O seu âmbito de actuação é amplo no espaço dos diversos poderes públicos, com exclusão dos casos em que já esteja a intervir a função judicial, podendo ainda incidir nas “...relações entre particulares que impliquem uma especial relação de domínio, no âmbito da protecção de direitos, liberdades e garantias”²³⁹.

O acesso à actuação do Provedor de Justiça realiza-se pelo direito de queixa, constitucionalmente consagrado, podendo aquele órgão, se assim entender, dirigir “...aos órgãos competentes as recomendações necessárias para prevenir e reparar injustiças”²⁴⁰, embora também disponha de poderes instrumentais, de natureza obrigatória, em ordem à prossecução da actividade que lhe está definida, como visitas de inspecção, investigações e inquéritos que se justifiquem²⁴¹.

O procedimento de queixa ao Provedor de Justiça tem diversas fases, que assim se organizam: *a iniciativa*: do cidadão queixoso, individual ou colectivamente considerado, ou do próprio Provedor de Justiça; *a apreciação liminar*: que traduz a avaliação sobre as queixas que devem prosseguir ou as que devem ser logo indeferidas, “...no caso de serem manifestamente apresentadas de má fé ou desprovidas de fundamento”²⁴²; *a instrução*: momento em que os serviços do Prove-

²³⁸ Art. 1.º, n.º 1, do Estatuto do Provedor de Justiça (EPJ).

²³⁹ Art. 2.º, n.º 2, *in fine*, do EPJ.

²⁴⁰ Art. 3.º, *in fine*, do EPJ.

²⁴¹ Cfr. o art. 21.º, n.º 1, als. a) e b), do EPJ.

²⁴² Art. 27.º, n.º 2, *in fine*, do EPJ.

dor de Justiça pedem os elementos que considerem necessários para a decisão, além de outros procedimentos, como visitas, inspecções ou inquirições, havendo sempre o dever de cooperação por parte de todas as entidades públicas, civis e militares²⁴³; *a decisão*: se houver motivo, o Provedor de Justiça formula uma recomendação no sentido de ser evitada ou reparada a injustiça, mas o procedimento de queixa pode igualmente terminar pelo arquivamento, pelo encaminhamento para outro mecanismo de tutela mais apropriado²⁴⁴ ou, nos casos de pouca gravidade, por uma simples "...chamada de atenção ao órgão ou serviço competente ou dar por encerrado o assunto com as explicações fornecidas"²⁴⁵.

A formulação de recomendações, dentro de uma lógica meramente consultiva, ainda assim tem efeitos obrigatórios no plano procedimental, pois que não só o "...órgão destinatário da recomendação deve, no prazo de 60 dias a contar da sua recepção, comunicar ao Provedor de Justiça a posição que quanto a ela assume"²⁴⁶ como o "...não acatamento da recomendação tem sempre de ser fundamentado"²⁴⁷.

2.8.2. A TUTELA CONTENCIOSA

A *tutela contenciosa* implica que a defesa dos direitos fundamentais seja levada a cabo pelos órgãos de natureza jurisdicional, com tudo quanto isso acarreta no modo de decidir e nos parâmetros da decisão²⁴⁸.

²⁴³ Cfr. os arts. 28º e 29º do EPJ.

²⁴⁴ Cfr. os arts. 31º, 32º e 33º do EPJ.

²⁴⁵ Art. 33º do EPJ.

²⁴⁶ Art. 38º, nº 2, da CRP.

²⁴⁷ Art. 38º, nº 3, da CRP.

²⁴⁸ Sobre o direito de acesso à justiça, da perspectiva mais ampla da protecção jurisdicional dos direitos fundamentais em geral, consagrado no art. 20º, nº 1, da CRP, com múltiplas implicações noutras disposições constitucionais, *maxime* o art. 202º da CRP, nele se reconhecendo uma dimensão *material* (a intervenção através de órgãos de cariz jurisdicional), uma dimensão *subjectiva* (o acesso de todos, na base da legitimidade, à actividade jurisdicional) e uma dimensão *temporal* (a emissão célere de uma decisão), v. João de Castro Mendes, *Art. 206º - função jurisdicional*, in AAVV, *Estudos sobre a Constituição*, I, Lisboa, 1977, p. 312; Maria da Assunção Andrade Esteves, *A constituição da legalidade administrativa na Constituição de 1976*, in *Democracia e Liberdade*, nº 13-2, Janeiro de 1980, pp. 14 e ss., e *Orgânica judicial, responsabilidade dos juízes e Tribunal Constitucional*, Lisboa, 1992, pp. 7 e ss.; Carlos Lopes do Rego, *Acesso ao Direito e aos tribunais*, in AAVV, *Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Lisboa, 1993, pp. 45 e ss.; J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, pp. 161 e ss.; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, pp. 651 e ss.; Miguel Teixeira de Sousa, *Introdução ao processo civil*, Lisboa, 1993, pp. 11, e *Estudos sobre o novo processo civil*, 2ª ed., Lisboa, 1997, pp. 33 e ss.; Mário de Brito, *Acesso ao direito e aos tribunais*, in *O Direito*, ano 127º, III-IV, Julho-Dezembro de 1995, pp. 351 e ss.; Maria Fernanda dos Santos Maçãs, *A suspensão judicial da eficácia dos actos administrativos e a garantia constitucional da tutela judicial efectiva*, Coimbra, 1996, pp. 272 e ss.; Jorge Miranda, *Manual...*, IV, pp. 256 e ss.

O efeito prático dessa protecção desemboca depois na (i) desvalorização dos actos jurídico-públicos que violem os direitos fundamentais ou na (ii) imposição de deveres de indemnização de acordo com os mecanismos da responsabilidade civil, ou mesmo pondo-se a hipótese de responsabilidade penal.

REFERÊNCIAS

- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, 1993.
- Almeno de Sá. *A revisão do Código Civil e a Constituição*, in *Revista de Direito e Economia*, 1977, nº 3.
- Andrade, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra, 2004.
- Antunes, Luís Filipe Colaço. *O procedimento administrativo de avaliação de impacto ambiental*. Coimbra, 1998.
- Ascensão, José de Oliveira. *A tipicidade dos direitos reais*. Lisboa, 1968.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13ª ed., Coimbra, 2005.
- Ascensão, José de Oliveira. *Teoria Geral do Direito Civil*. I. Lisboa, 1993.
- Beduschi, Carlo. *Tipicità e Diritto – contributo allo studio delle razionalità giuridica*. Padova, 1992.
- Bin, Roberto. *Atti normativi e norme programmatiche*. Milano, 1988.
- Bleckmann, Albert. *Staatsrecht II – Dir Grundrechte*, 3ª ed.. Köln, 1989.
- Braga, António de Oliveira. *Os direitos do homem e a Constituição*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 37, Maio-Agosto de 1977.
- Brito, Maria Helena. *O contrato de concessão comercial*. Coimbra, 1990.
- Brito, WLADIMIR. *Cidadania transnacional ou nacionalidade lusófona?*, in *Direito e Cidadania*, ano VI, nº 19, Janeiro a Abril de 2004.
- Canas, Vitalino. *Relação jurídico-pública*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, VII. Lisboa. 1996.
- Canotilho, J. J. Gomes e Moreira, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra, 1991.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra, 1982.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed.. Coimbra, 2003.
- Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª ed. Coimbra, 1993.
- Canotilho, J. J. Joaquim Gomes. *A teoria constitucional dos direitos fundamentais*, in *Fronteira*, ano II, nº 5, Janeiro-Março de 1979.
- Capelo de Sousa, Rabindranath. *Constituição e os direitos de personalidade*, in *AAVV, Estudos sobre a Constituição*, II. Lisboa, 1978.
- Caupers, João. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*. Coimbra, 1985.

Correia, José Manuel Sérvulo. *O direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento administrativo*, in *Legislação – Cadernos de Ciência da Legislação*, nº 9 e nº 10, Janeiro-Junho de 1994.

Costa, José Manuel Cardoso da. *A hierarquia das normas constitucionais e a sua função na protecção dos direitos fundamentais*. Lisboa, 1990.

Costa, José Manuel Cardoso da. *A tutela constitucional dos direitos fundamentais*. Lisboa, 1980.

EIRAS, Agostinho. *Segredo de justiça e controlo de dados pessoais informatizados*. Coimbra, 1992.

Engisch, Karl. *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*. Heidelberg, 1953.

Esteves, Maria da Assunção Andrade. *A constitucionalização do direito de resistência*. Lisboa, 1989.

García, Enrique Alonso. *La interpretación de la Constitución*. Madrid, 1984.

Gouveia, Jorge Bacelar. *A afirmação dos direitos fundamentais no Estado Constitucional Contemporâneo*, in AAVV, *Direitos Humanos* (coord. de Paulo Ferreira da Cunha). Coimbra, 2003.

Gouveia, Jorge Bacelar. *Manual de Direito Constitucional*, II. Coimbra, 2005.

Gouveia, Jorge Bacelar. *Os direitos fundamentais atípicos*. Lisboa, 1995.

Gouveia, Jorge Bacelar. *Pela dignidade do ser humano não nascido*, in AAVV, *Vida e Direito – Reflexões sobre um referendo* (org. Jorge Bacelar Gouveia e Henrique Mota). Lisboa, 1998.

Gouveia, Jorge Bacelar. *Regulação e limites dos direitos fundamentais*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 2º sup. Lisboa, 2001.

Häberle, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. San Miguel, 1997.

Horta, Raul Machado. *Estrutura, natureza e expansividade das normas constitucionais*, in *O Direito*, ano 124º, I-II, Janeiro-Junho de 1992.

Jorge Bacelar Gouveia, *O regime profissional do pessoal paramédico constante do Decreto-Lei nº 320/99 e a Constituição Portuguesa*, in *O Direito*, ano 132º (2000), III-IV.

Larenz, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 3ª ed., Lisboa, 1999.

Maçons, Maria Fernanda dos Santos. *A suspensão judicial da eficácia dos actos administrativos e a garantia constitucional da tutela judicial efectiva*. Coimbra: 1996.

Machado, João Baptista. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. Coimbra, 1983.

Marques, José Dias. *Teoria Geral do Direito Civil*, I. Coimbra, 1958.

Medeiros, Rui. *O Estado de Direitos Fundamentais Portugêses: alcance, limites e desafios*, in *Anuário Português de Direito Constitucional*, vol. II, 2002.

Mendes, João de Castro. *Direitos, liberdades e garantias – alguns aspectos gerais*, in AAVV, *Estudos sobre a Constituição*, I. Lisboa, 1977.

Mendes, João de Castro. *Teoria Geral do Direito Civil*, I. Lisboa, 1978.

Miranda, Jorge e Medeiros, Rui. *Constituição Portuguesa Comentada*, I. Coimbra, 2005.

Miranda, Jorge. *Relatório com o programa, os conteúdos e os métodos do ensino de direitos fundamentais*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, XXVI, 1985.

Müller, Jorg Paul. *Eléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*. Berne, 1983.

Nabais, José Casalta. *Os direitos na Constituição Portuguesa*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 400, Novembro de 1990.

Niño, Carlos S. *Ética y Derechos Humanos*. Barcelona, 1989.

Nuno e Sousa. *A liberdade de imprensa*. Coimbra, 1984.

Otero, Paulo. *Direitos históricos e não tipicidade pretérita dos direitos fundamentais*, in *AAVV, 75 Anos da Coimbra Editora*. Coimbra, 1998.

Pieroth, Bodo e Schlink, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht II*, 6ª ed. Heidelberg, 1990.

Pinto, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 1985.

Pinto, Ricardo Gouveia. *A colisão de direitos fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976*. Lisboa, 1988.

REGO, Carlos Lopes do. *Acesso ao Direito e aos tribunais*, in *AAVV, Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional*. Lisboa, 1993.

Sanchis, Luis Prieto. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid, 1990.

Soares, Rogério Ehrhardt. *Direito Público e Sociedade Técnica*. Coimbra, 1969.

Sousa, Marcelo Rebelo de. *O princípio da legalidade administrativa na Constituição de 1976*, in *Democracia e Liberdade*, nº 13-2, Janeiro de 1980.

Sousa, Marcelo Rebelo de. *Direito Constitucional I – Introdução à Teoria da Constituição*. Braga, 1979.

Stern. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, III/1. München, 1988.

Tobeñas, Jose Castan. *Los derechos del hombre*, 4ª ed. Madrid, 1992.

Vaz, Manuel Afonso. *Lei e reserva de lei – a causa da lei na Constituição portuguesa de 1976*. Porto, 1992.

Zagrebelsky, Gustavo. *Manuale di Diritto Costituzionale*, I. Torino, 1987.

Zippelius, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*, 3ª ed. Lisboa, 1997.

NOTAS ACERCA DA LIBERDADE RELIGIOSA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

NOTES ABOUT RELIGIOUS FREEDOM IN THE BRAZILIAN FEDERAL CONSTITUTION OF 1988

Ingo Wolfgang Sarlet

Doutor e Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Munique, Alemanha. Professor Titular da Faculdade de Direito da PUCRS. Juiz de Direito no RS.

Resumo: O presente artigo apresenta os principais contornos da liberdade religiosa como direito fundamental na Constituição Federal Brasileira de 1988 com destaque para o seu conteúdo e seus limites, especialmente tal qual compreendidos pela doutrina e jurisprudência brasileira.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; Liberdade religiosa; Constituição Federal de 1988

Abstract: This paper discusses the right to religious freedom as a fundamental right in the Brazilian Federal Constitution (1988), focusing its content and limits, mainly as understood in the Brazilian literature and jurisprudence.

Key words: Fundamental rights; Religious freedom; Federal Constitution of 1988

Sumário: Introdução. 1. A distinção entre liberdade de consciência e liberdade religiosa. 2. A dupla dimensão objetiva e subjetiva das liberdades de consciência e de religião. 3. Conteúdo da liberdade religiosa como direito fundamental. 4. Titulares e destinatários da liberdade religiosa. 5. O problema dos limites e restrições à liberdade religiosa analisado à luz de alguns exemplos. Referências.

INTRODUÇÃO

As liberdades de consciência, de crença e de culto, as duas últimas usualmente abrangidas pela expressão genérica “liberdade religiosa”, constituem uma das mais antigas e fortes reivindicações do indivíduo. Levando em conta o seu

caráter sensível (de vez que associado à espiritualidade humana) e mesmo a sua exploração política, sem falar nas perseguições e mesmo atrocidades cometidas em nome da religião e por conta da amplamente praticada intolerância religiosa ao longo dos tempos, foi uma das primeiras liberdades asseguradas nas declarações de direitos e uma das primeiras também a alcançar a condição de direito humano e fundamental consagrado na esfera do direito internacional dos direitos humanos e nos catálogos constitucionais de direitos. Não foi, portanto, a toa que um autor do porte de um Georg Jellinek, em famoso estudo sobre a origem da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), chegou a sustentar que a liberdade religiosa, especialmente tal como reconhecida nas declarações de direitos das ex-colônias inglesas na América do Norte, foi a primeira expressão da idéia de um direito universal e fundamental da pessoa humana¹. Independentemente da posição de Jellinek estar, ou não, correta em toda sua extensão, o fato é que a proteção das opiniões e cultos de expressão religiosa, que guarda direta relação com a espiritualidade e o modo de conduzir a vida dos indivíduos e mesmo de comunidades inteiras, sempre esteve na pauta preferencial das agendas nacionais e supranacionais em matéria de direitos humanos e fundamentais, assim como ocorre na esfera do direito constitucional positivo brasileiro.

Todavia, o modo pelo qual a liberdade de consciência e a liberdade religiosa foram reconhecidas e protegidas nos documentos internacionais e nas constituições ao longo do tempo é bastante variável, especialmente no que diz com o conteúdo e os limites de tais liberdades. Bastaria, para tanto, elencar alguns exemplos que dizem respeito aos documentos supranacionais. De acordo com a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, de 1948, no seu artigo 18, “toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos”; O *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*, de 1966, por sua vez, embora tenha reproduzido em termos gerais o texto da Declaração de 1948, foi mais além, como dá conta a redação do artigo 18º. 1: “toda e qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de ter ou de adotar uma religião ou uma convicção da sua escolha, bem como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua convicção, individualmente ou conjuntamente com outros, tanto em público como em privado, pelo culto, cumprimento dos ritos, as práticas e o ensino. 2. Ninguém será objeto de pressões que atentem à sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou uma

¹ Cf. Georg Jellinek, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Tradução de Adolfo Posada, México: UNAM, 2003, especialmente p. 115 e ss.

convicção da sua escolha. 3. A liberdade de manifestar a sua religião ou as suas convicções só pode ser objeto de restrições previstas na lei e que sejam necessárias à proteção de segurança, da ordem e da saúde públicas ou da moral e das liberdades e direitos fundamentais de outrem. 4. Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e, em caso disso, dos tutores legais a fazerem assegurar a educação religiosa e moral dos seus filhos e pupilos, em conformidade com as suas próprias convicções”, fórmula que, nos seus traços essenciais, foi retomada, no plano regional, pela *Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*, de 1969, cujo artigo 13 dispõe que: 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado. 2. Ninguém pode ser submetido a medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças. 3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas. 4. Os pais e, quando for o caso, os tutores, têm direito a que seus filhos e pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções”.

Traçando-se uma rápida comparação com outro documento de abrangência regional, mais antigo, no caso a *Convenção Européia de Direitos Humanos*, de 1950, verifica-se que esta não foi tão detalhada quanto o documento americano, que já é posterior ao Pacto Internacional de 1966, portanto, já tomou este como parâmetro. Com efeito, de acordo com o artigo 9º da Convenção Européia: 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou coletivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos. 2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou coletivamente, não pode ser objeto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem. Bem mais sintética é a *Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos*, 1981, em matéria de liberdade religiosa, visto que, a teor do artigo 8º, “a liberdade de consciência, a profissão e a prática livre da religião são garantidas. Sob reserva da ordem pública, ninguém pode ser objeto de medidas de constrangimento que visem restringir a manifestação

dessas liberdades”. Por derradeiro, merece registro a *Carta de Direitos Fundamentais da União Européia*, 2000, cujo artigo 10º dispõe que: 1. Todas as pessoas têm direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, bem como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua convicção, individual ou coletivamente, em público ou em privado, através do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos. 2. O direito à objeção de consciência é reconhecido pelas legislações nacionais que regem o respectivo exercício.

Importa, ainda no âmbito do sistema internacional, referir que a liberdade religiosa foi objeto de reconhecimento e proteção por meio de um documento específico, designadamente, da Declaração da ONU sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação baseadas na religião ou na convicção, proclamada pela Assembléia Geral em 1981, mediante a Resolução 36/55.

Embora os fortes elementos em comum, também na esfera dos textos constitucionais se registram significativas diferenças quanto ao modo de positivação da liberdade religiosa, muito embora se cuide de direito amplamente reconhecido na esfera do direito constitucional desde as primeiras declarações de direitos². Voltando-nos diretamente ao exame da evolução constitucional brasileira pretérita, constata-se que a liberdade religiosa se faz presente desde a *Carta Imperial de 1824*, mais precisamente, no artigo 179, inciso V, de acordo com o qual “Ninguém póde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica”, não tendo sido feita referência expressa à liberdade de consciência ou mesmo à objeção de consciência. A *Constituição de 1891*, artigo 72, § 3º, dispunha que “todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum”, contendo, todavia, uma série de outros dispositivos que versavam sobre o reconhecimento apenas do casamento civil (artigo 72, § 4º), o caráter secular dos cemitérios e a garantia do acesso para os cultos de todas as ordens religiosas (artigo 72, § 5º), a proibição de subvenções oficiais (públicas) para igrejas ou cultos (artigo 72, § 6º). Embora a Constituição de 1891 não tenha feito uso da expressão liberdade de consciência ou objeção de consciência, ela previa que nenhum cidadão poderia ser privado de seus direitos civis e políticos e nem se eximir do cumprimento de qualquer dever cívico por motivo de crença ou função religiosa (artigo 72, § 28), além de impor a perda dos direitos políticos por parte daqueles que alegassem motivos de crença religiosa para se eximir do cumprimento de obrigação impos-

² Cf. por todos, Axel Freiherr von Campenhausen, Religionsfreiheit, in: Josef Isensee e Paul Kirchhof (Org.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. VII, C.F. Müller, Heidelberg, 2009, p. 598 e ss.

ta pelas leis da República (artigo 72, § 29). A *Constituição de 1934*, manteve o previsão do caráter secular dos cemitérios, agregando, todavia, que as associações religiosas poderiam manter cemitérios particulares, sujeitos a controle pelo poder público (artigo 113, § 6º). Quanto ao direito à liberdade religiosa este foi enunciado no artigo 113, § 4º, onde consta que “é inviolável a liberdade de consciência e de crença e garantido o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não contravenham à ordem pública e aos bons costumes. As associações religiosas adquirem personalidade jurídica nos termos da lei civil”, de modo que, pela primeira vez, foi feita referência à liberdade de consciência. Já de acordo com o artigo 122, § 4º, da *Constituição de 1937*, “todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum, as exigências da ordem pública e dos bons costumes”, novamente não havendo menção expressa à liberdade de consciência, que voltou a ser contemplada na *Constituição de 1946*, no artigo 141, § 7º, que dispunha ser “inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil”, fórmula que, em termos gerais, foi retomada na *Constituição de 1967*, cujo artigo 150, § 5º, dispunha que “é plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes”, tendo sido mantido na íntegra na *Emenda Constitucional nº 1, de 1969* (artigo 153, § 5º).

Já na Constituição Federal de 1988, as liberdades de religião e de consciência foram contempladas em três dispositivos no âmbito do Título dos Direitos e Garantias Fundamentais: a) art. 5º, VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; b) art. 5º, VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva; c) art. 5º, VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa fixada em lei; Dentre os dispositivos constitucionais diretamente relacionados, assumem destaque os seguintes: a) art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; b) art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei; § 1º - às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alis-

tados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar; c) art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII; d) art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais; § 1º - O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental; e) art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado; § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

Tanto os dispositivos que dizem com os principais documentos internacionais quanto o marco textual da atual Constituição Federal, desde logo apontam, tal como ocorre em geral no direito comparado, que embora liberdade de consciência e liberdade religiosa apresentem uma forte conexão, sendo inclusive objeto de previsão no mesmo artigo ou no mesmo grupo de disposições textuais, cuida-se de direitos distintos. Assim, antes de avançarmos com o exame da liberdade religiosa propriamente dita, importa, ainda que de modo sumário, iniciar, no próximo segmento, com uma distinção entre liberdade religiosa e liberdade de consciência.

1. A DISTINÇÃO ENTRE LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E LIBERDADE RELIGIOSA

Como já adiantado, embora a liberdade de consciência tenha forte vínculo com a liberdade religiosa, ambas não se confundem e apresentam dimensões autônomas. A liberdade de consciência assume, de plano, uma dimensão mais ampla, considerando que as hipóteses de objeção de consciência, apenas para ilustrar com um exemplo, abarcam hipóteses que não têm relação direta com opções religiosas, de crença e de culto³. Bastaria aqui citar o exemplo daqueles que se recusam a prestar serviço militar em virtude de sua convicção (não necessariamente fundada em razões religiosas) de participar de conflitos armados e eventualmente vir a matar alguém. Outro caso, aliás, relativamente frequente, diz

³ Na literatura brasileira v., entre outros, Aldir Guedes Soriano. *Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 11-12, sustentando que a liberdade de consciência é uma liberdade mais ampla do que a liberdade de crença, já que mesmo o descrente possui aquela, e pode exigir sua tutela. Portanto, a liberdade de consciência “abarca tanto a liberdade de se ter como a de não se ter uma religião”. Mais recentemente e para maior desenvolvimento da diferenciação entre a liberdade religiosa e a liberdade de consciência e de pensamento, v. Jayme Weingartner Neto, *Liberdade Religiosa na Constituição*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 79 e ss.

com a recusa de médicos a praticarem a interrupção da gravidez e determinados procedimentos, igualmente nem sempre por força de motivação religiosa.

Assim, amparados na lição de Konrad Hesse, é possível afirmar que a liberdade de crença e de confissão religiosa e ideológica aparece como uma manifestação particular do direito fundamental mais geral da liberdade de consciência, que, por sua vez, não se restringe à liberdade de “formação” da consciência (o foro interno), mas abarca a liberdade de “atuação” da consciência, protegendo de tal sorte para efeitos externos a decisão fundada na consciência, inclusive quando não motivada religiosa ou ideologicamente⁴. Ainda de acordo com Konrad Hesse, é nisso que se corporifica a negação, pela ordem constitucional, de uma intervenção estatal no que diz com a definição do que é verdadeiro ou correto, de modo a assegurar a cada indivíduo a proteção da sua personalidade espiritual e moral e garantir a livre discussão e formação do consenso sobre o que é certo ou errado⁵.

Considerada em separado, a liberdade de consciência pode ser definida, com Jayme Weingartner Neto, como a faculdade individual de auto-determinação no que diz com os padrões éticos e existenciais das condutas próprias e alheias e a total liberdade de autopercepção em nível racional ou mítico-simbólico, ao passo que a liberdade religiosa (ou de religião) engloba no seu núcleo essencial tanto a liberdade de ter, quanto a de não ter ou deixar de ter uma religião, desdobrando-se em diversas outras posições fundamentais, que serão, pelo menos em parte, objeto de atenção logo adiante⁶.

Particularmente relevante para efeitos de proteção da liberdade religiosa, mas também para a diferenciação entre esta e a liberdade de consciência, assume relevo a própria definição do que se considera uma religião. Desde logo há que reconhecer o acerto da lição de Erwin Chemerensky, para que parece impossível formular uma definição de religião que englobe a ampla gama de crenças espirituais e práticas que se fazem presentes em uma sociedade plural como é a do Brasil (registre-se que embora o autor esteja a se referir aos Estados Unidos da América, a afirmação, ainda que talvez não na mesma dimensão, aplica-se ao Brasil), pois não há uma característica particular ou um plexo de características que todas as religiões tenham em comum, a fim de que possa ser possível defini-la(s) como religião (ões), definição ampla que se revela particularmente importante para maximizar a proteção das manifestações religiosas.⁷

⁴ Cf. Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20^a ed., Heidelberg: C.F. Müller, 1995, p. 168.

⁵ Cf. Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, cit., p. 168.

⁶ Cf. Jayme Weingartner Neto, *Liberdade Religiosa na Jurisprudência do STF*, in: Daniel Sarmiento e Ingo Wolfgang Sarlet (Coord.), *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 481-82.

⁷ Cf. Erwin CHEMERINSKY, *Constitutional law: principles and policies*. 3rd edition. New York: Aspen,

Por outro lado, até mesmo para preservar a diferença entre liberdade de consciência e liberdade religiosa e assegurar uma devida aplicação de ambas (especialmente no que diz com sua proteção), na condição de direitos fundamentais, não se poderá ampliar em demasia o conceito de religião, ainda mais quando está em causa também o reconhecimento e proteção da dimensão institucional da liberdade religiosa, ou seja, das Igrejas e locais de culto, o que será objeto de atenção logo mais adiante.

2. A DUPLA DIMENSÃO OBJETIVA E SUBJETIVA DAS LIBERDADES DE CONSCIÊNCIA E DE RELIGIÃO

Tanto a liberdade de consciência quanto a liberdade religiosa, tal como os demais direitos fundamentais, apresentam uma dupla dimensão subjetiva e objetiva. Na condição de direitos subjetivos, elas, aqui ainda em termos muito gerais, asseguram tanto a liberdade de confessar (ou não) uma fé ou ideologia, quanto geram direitos à proteção contra perturbações ou qualquer tipo de coação oriunda do Estado ou de particulares⁸. Já como elementos fundamentais da ordem jurídico-estatal objetiva, tais liberdades fundamentam a neutralidade religiosa e ideológica do Estado, como pressuposto de um processo político livre e como base do Estado Democrático de Direito⁹. Dessa dupla dimensão subjetiva e objetiva decorrem tanto direitos subjetivos tendo como titulares tanto pessoas físicas quanto jurídicas (neste caso, apenas a liberdade religiosa e não quanto a todos os seus aspectos), quanto princípios, deveres de proteção e garantias institucionais que guardam relação com a dimensão objetiva¹⁰, tudo conforme ainda será objeto de maior desenvolvimento.

Por outro lado, no que diz especificamente com a neutralidade religiosa e ideológica do Estado, esta se constitui, especialmente no tocante ao aspecto religioso, em elemento central das ordens constitucionais contemporâneas, mas com raízes na vertente do constitucionalismo, especialmente de matriz francesa, o que foi incorporado à tradição brasileira a contar da Constituição Federal de 1891. Na CF de 1988, tal opção (do Estado laico) encontra sua previsão expressa no já referido artigo 19, da CF, que veda aos entes da Federação que estabeleçam, subvencionem ou embaracem o funcionamento de cultos religiosos ou igrejas.

A referência feita a Deus no Preâmbulo da CF, além de não ter caráter normativo, não compromete o princípio da neutralidade religiosa do Estado¹¹, que, por sua vez,

2006, p. 1187

⁸ Cf. Konrad Hesse, *Grundzüge*, cit., p. 167.

⁹ Cf. Konrad Hesse, *Grundzüge*, cit., p. 167.

¹⁰ Jayme Weingartner Neto, *Liberdade Religiosa na Jurisprudência do STF*, cit., p. 482.

¹¹ No âmbito da jurisprudência do STF, destaca-se o julgamento da ADIn nº 2.076 de 08/08/2003, proposta pelo Partido Social Liberal, que ajuizou ação direta de inconstitucionalidade em face da

não implica – ainda mais consideradas as peculiaridades da ordem constitucional brasileira – um total distanciamento por parte do Estado da religião, distanciamento que – na acepção de André Ramos Tavares que aqui se partilha – sequer se revela como sendo desejável¹². Com efeito, como bem pontua Jorge Miranda, há que distinguir entre laicidade e separação (no sentido de independência) entre Estado e Igreja (e comunidades religiosas em geral) de laicismo e de uma postura de menosprezo e desconsideração do fenômeno religioso (das religiões e das entidades religiosas) por parte do Estado, pois uma coisa é o Estado não professar nenhuma religião e não assumir fins religiosos, mantendo uma posição equidistante e neutra, outra coisa é assumir uma posição hostil em relação à religião e mesmo proibitiva da religiosidade¹³.

Importa destacar, que o laicismo e toda e qualquer postura oficial (esta-tal) hostil em relação à religião revela-se incompatível tanto com o pluralismo afirmado no Preâmbulo da CF, quanto com uma noção inclusive de dignidade da pessoa humana e liberdade de consciência e de manifestação do pensamento, de modo que a necessária neutralidade se assegura por outros meios, tal como bem o demonstra o disposto no artigo 19, I, bem como um conjunto de limites e restrições à liberdade religiosa, aspecto que aqui não será desenvolvido. Nesse sentido, há quem sustente mesmo que uma estrita e radical separação entre Igreja e Estado seria, em certa medida, até mesmo incompatível com o reconhecimento da liberdade religiosa como direito fundamental¹⁴. De todo modo, o que se verifica é que outras manifestações podem ser extraídas da CF, no sentido de uma postura aberta e sensível para com as religiões, sem que com isso se esteja a assumir (do ponto de vista do papel e posição do Estado) qualquer compromisso com determinada religião e igreja, o que pode ser ilustrado com os exemplos da previsão, ainda que em caráter facultativo, de ensino religioso em escolas públicas de ensino fundamental (artigo 210, § 1º, CF) e a possibilidade de reconhecimento de efeitos civis ao casamento religioso (artigo 226, §§ 1º e 2º).

3. CONTEÚDO DA LIBERDADE RELIGIOSA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Também a liberdade religiosa deve ser compreendida como um direito fundamental em sentido amplo, que se decodifica, no âmbito de sua dimensão sub-

Assembléia Legislativa do Estado do Acre por omissão da expressão “sob a proteção de Deus” no preâmbulo da Constituição Estadual. Alegou o requerente que o preâmbulo da Constituição Federal integraria o seu texto, possuindo suas disposições verdadeiro valor jurídico. O STF, todavia, entendeu que ao Preâmbulo não assiste qualquer *relevância* jurídica, destacando que o Estado brasileiro é laico, sendo vedada a distinção entre deístas, agnósticos ou ateístas.

¹² Cf. André Ramos Tavares, Curso de Direito Constitucional, cit., p. 606.

¹³ Cf. Jorge Miranda e Rui Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, cit., p. 448-49.

¹⁴ Cf. Axel Freiherr von Campenhausen, Religionsfreiheit, op. cit., p. 599.

jetiva e objetiva, em um complexo diferenciado de efeitos jurídicos objetivos e de posições jurídicas subjetivas¹⁵.

Como direito subjetivo a liberdade religiosa opera tanto como direito de defesa, portanto, de cunho negativo, quanto como direito a prestações (direito “positivo”) fáticas e jurídicas, muito embora, como já frisado, a dimensão subjetiva não possa ser reduzida a um único tipo de posições negativas ou positivas. Aqui não teremos condições senão as de selecionar alguns exemplos, notadamente os que têm assumido maior relevância em termos teóricos e práticos na ordem constitucional brasileira, remetendo, para uma análise mais minuciosa, à literatura especializada¹⁶.

Na sua condição de direito negativo, a liberdade religiosa desdobra-se, numa primeira aproximação quanto ao seu conteúdo, em uma liberdade de crença, que diz com a faculdade individual de optar por uma religião ou de mudar de religião ou de crença, ao passo que a liberdade de culto, que guarda relação com a exteriorização da crença, diz com os ritos, cerimônias, locais e outros aspectos essenciais ao exercício da liberdade de religião e de crença¹⁷. Também a liberdade de associação e de organização religiosa encontra-se incluída no âmbito de proteção da liberdade religiosa, de tal sorte que ao Estado é vedado, em princípio, interferir na esfera interna das associações religiosas¹⁸.

Importa frisar que como se dá de modo geral no domínio dos direitos de liberdade, também a liberdade religiosa assume a condição de uma liberdade simultaneamente negativa e positiva, visto que assegura a faculdade de não professar alguma crença ou praticar algum culto ou ritual (liberdade negativa, de não exercício) quanto assegura que o Estado e terceiros (particulares) não impeçam – salvo nos limites da própria ordem constitucional – o exercício das diversas manifestações da liberdade religiosa (liberdade positiva)¹⁹.

Na sua condição como direito positivo, podem também ser destacadas várias manifestações. Assim, em caráter ilustrativo, verifica-se que o art. 5º, VII, da CF, assegura, ‘nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades

¹⁵ Cf., por todos, na literatura brasileira, Jayme Weingartner Neto, *Liberdade Religiosa na Constituição*, cit., p. 72 e ss., apresentando um pioneiro, original e analítico catálogo de posições fundamentais vinculadas à liberdade religiosa.

¹⁶ Cf., em especial, o já referido inventário de posições subjetivas sugerido por Jayme Weingartner, *Liberdade Religiosa na Constituição*, cit., p. 72 e ss.

¹⁷ Aldir Guedes Soriano. *Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional*, op. cit., p. 12-13.

¹⁸ Sobre o tema, v. a monografia de Aloisio Cristovam dos Santos Junior, *A Liberdade de organização religiosa e o Estado laico brasileiro*, São Paulo: Editora Mackenzie, 2007, especialmente p. 59 e ss.

¹⁹ Cf., por todos, Axel Freiherr von Campenhausen, *Religionsfreiheit*, op. cit., p. 654-655.

civis e militares de internação coletiva'. Quanto a tal aspecto, entende-se que o Estado não pode impor aos internos sob sua responsabilidade nessas entidades, o atendimento a serviços religiosos (o que violaria a liberdade de professar uma religião e de participar ou não dos respectivos cultos), mas deve sim colocar à disposição o acesso efetivo ao exercício da liberdade de culto e de crença aos que assim desejarem²⁰.

A liberdade religiosa engloba tanto direitos individuais e direitos coletivos de liberdade religiosa, pois além dos direitos individuais de ter, não ter, deixar de ter, escolher uma religião (entre outras manifestações de caráter individual), existem direitos coletivos, cuja titularidade é das Igrejas e organizações religiosas, direitos que dizem com a auto-organização, autodeterminação, direito de prestar o ensino e a assistência religiosa, entre outros²¹, aspectos que, por sua vez, são relacionados ao problema da titularidade e dos destinatários do direito fundamental.

4. TITULARES E DESTINATÁRIOS DA LIBERDADE RELIGIOSA

Titulares da liberdade religiosa são, em primeira linha, as pessoas físicas, incluindo os estrangeiros não residentes, pois, dada a sua conexão com a liberdade de consciência e dignidade da pessoa humana, aplica-se aqui o princípio da universalidade. Cuida-se tanto de um direito humano quanto de um direito fundamental²². Como a liberdade religiosa contempla uma dimensão institucional e abarca a liberdade de organização religiosa, naquilo que for compatível, cuida-se também de direito das pessoas jurídicas, ainda que as pessoas jurídicas não sejam titulares, por exemplo, do direito de professar, ou não, uma religião²³. Quanto aos destinatários, em que pese seja também aqui o Estado o principal destinatário, vinculado que está (diretamente) às normas de direitos fundamentais e mesmo aos deveres de proteção estabelecidos pela CF, o direito de liberdade religiosa projeta-se nas relações privadas, o que se pode dar de maneira direta e indireta. Apenas em caráter ilustrativo, bastaria aqui recordar do ambiente de trabalho e escolar, onde também o empregador, os demais empregados, os professores e a entidade de ensino (portanto tanto na perspectiva das pessoas físicas quando

²⁰ Cf. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, Curso de Direito Constitucional, cit., p. 358.

²¹ Cf., por todos, J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, op. cit., p. 611-12. No mesmo sentido, v. Jorge Miranda e Rui Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada, op. cit., p. 447 e ss.

²² Cf., por todos, Axel Freiherr von Campenhausen, Religionsfreiheit, op. cit., p. 644.

²³ Cf. J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, op. cit., p. 611-12 e 617.

das pessoas jurídicas) devem abster-se de intervir no âmbito da livre opção religiosa, salvo para assegurar o exercício do mesmo direito por parte de outros trabalhadores ou alunos (estudantes) ou mesmo para a proteção de outros direitos. A liberdade de consciência e a liberdade religiosa podem, portanto, operar como limites ao poder de direção do empregador e da empresa, dos professores e escolas e mesmo em outras situações nas quais se coloca o problema.

Por evidente que a medida da vinculação tanto do poder público quanto dos particulares à liberdade religiosa dependerá tanto da dimensão particular de tal liberdade que estiver em causa, quanto de uma maior ou menor afinidade com os modelos de uma eficácia direta ou indireta dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas, temática que aqui não será desenvolvida.

5. O PROBLEMA DOS LIMITES E RESTRIÇÕES À LIBERDADE RELIGIOSA ANALISADO À LUZ DE ALGUNS EXEMPLOS

Embora sua forte conexão com a dignidade da pessoa humana, a liberdade religiosa, mas também a liberdade de consciência, notadamente naquilo em que se projeta para o exterior da pessoa²⁴, é um direito fundamental sujeito a limites e restrições. Modalidade que é da liberdade expressão (manifestação do pensamento) e especialmente da liberdade de consciência (que é mais ampla), a liberdade religiosa, embora como tal não submetida a expressa reserva legal (no artigo 5º, VI, a CF estabelece ser inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos), encontra limites em outros direitos fundamentais e na dignidade da pessoa humana, o que implica, em caso de conflito, cuidadosa ponderação e atenção, entre outros aspectos, aos critérios da proporcionalidade. Já a proteção aos locais de culto (como dever estatal que é) e a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva, são, nos termos da CF, sujeitos a regulamentação legal (v., para a prestação de assistência religiosa, o caso das Leis 6.923/1981 e 9.982/2000), mas a legislação deverá, de qualquer modo, atender aos critérios da proporcionalidade e não poderá em hipótese alguma afetar o núcleo essencial do direito de liberdade religiosa e esvaziar a garantia da organização religiosa²⁵. Por outro lado, a própria CF estabelece limites para a liberdade religiosa e de consciência, quando, no artigo 5º, VIII, dispõe que “ninguém será privado de di-

²⁴ Cf., por todos, Jean-Jacques Israel, *Direitos das liberdades fundamentais*. Trad. por Carlos Souza Barueri: Manole, 2005, p. 497-502, as liberdades de pensamento de consciência e de religião, interiorizadas, por sua vez, são absolutas, de tal sorte que apenas seu exercício pode suscitar discussões e justifica que sejam fixados limites.

²⁵ Sobre os limites e restrições em matéria de liberdade religiosa, v., no Brasil e por todos, Jayme Weingartner Neto, *Liberdade Religiosa na Constituição*, op. cit., p. 187 e ss.

reitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei". O postulado do Estado laico (melhor formulado como postulado da neutralidade estatal em matéria religiosa), por sua vez, também interfere no exercício da liberdade religiosa, pois o poder público não poderá privilegiar determinada orientação religiosa, ainda que majoritária, como, por exemplo, se verifica na discussão em torno da colocação, ou não, de crucifixo em escolas e repartições públicas, que tem dividido a doutrina e a jurisprudência no Brasil e no direito comparado e internacional. Que a resposta correta depende de muitos fatores, inclusive e especialmente do marco do direito constitucional positivo, resulta evidente, embora nem sempre seja bem observado. A existência de uma tradição de tolerância e mesmo aceitação do uso de determinados símbolos religiosos ou mesmo de datas e feriados religiosos vinculados a uma orientação religiosa amplamente majoritária, sem que com isso se verifique uma intervenção desproporcional no exercício de liberdade negativa e positiva de religião por parte das demais correntes igualmente constitui critério relevante a ser observado, como, aliás, decidiu o Tribunal Europeu de Direitos Humanos no importante e recente caso *Lautsi* contra a Itália, julgado em caráter definitivo em 2011, no sentido de que os Estados que ratificaram a Convenção Europeia dos Direitos Humanos possuem uma liberdade de ação quanto a opção de manterem, ou não, o crucifixo em prédios do poder público e que não se configura no caso uma violação da liberdade religiosa²⁶. Assim, embora a existência de decisões de Tribunais Constitucionais pela retirada do crucifixo, como foi o caso do famoso julgado do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em 1995²⁷, ou mesmo a recente e polêmica decisão administrativa do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do RS, que, mediante provocação de entidade não governamental e não religiosa, igualmente decidiu pela retirada do crucifixo dos prédios do Poder Judiciário Gaúcho²⁸, é possível argumentar que não se trata necessariamente da única ou mesmo melhor resposta possível, mesmo e em especial no caso da ordem constitucional brasileira. De todo modo, não será aqui

²⁶ Em virtude de recurso apresentado perante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (2006) pela Sra. Soile Lautsi (nacionalidade finlandesa, o que aponta justamente para a titularidade universal da liberdade religiosa) contra decisão do Estado Italiano, uma Câmara da Segunda Seção do Tribunal Europeu, em 03.11.2009, acolheu o recurso e condenou a Itália por violação da Convenção Europeia de Direitos Humanos, em virtude da manutenção de crucifixos em escolas públicas. Todavia, por força de uma apelação operada pela Itália, a assim chamada *Grand Chambre* do Tribunal Europeu, por maioria esmagadora de 15 votos contra 02, reformou a decisão em 18.03.2011, entendendo, entre outros argumentos, que o crucifixo é um símbolo passivo e que não exerce uma influência direta sobre a liberdade religiosa de pessoas não-cristãs.

²⁷ Cf. BVerfGE 93, p. 1 e ss.

²⁸ Decisão de 06.03.2012, Relator Des. Cláudio Maciel (decisão tomada por unanimidade).

que teremos condições de aprofundar o exame da questão.

Por sua vez, os conflitos da liberdade religiosa com outros direitos fundamentais e bens jurídico-constitucionais são múltiplos. Assim, podem, a depender do caso, ser justificadas restrições quanto ao uso da liberdade religiosa para fins de prática do curandeirismo e exploração da credulidade pública, especialmente quando com isso se estiver incorrendo em prática de crime ou afetando direitos de terceiros ou interesse coletivo²⁹.

Situação que já mereceu atenção da doutrina e jurisprudência no plano nacional e internacional diz com o conflito entre a liberdade de consciência e de crença com os direitos à vida e à saúde, como se verifica de forma particularmente aguda no caso dos integrantes da comunidade religiosa das “Testemunhas de Jeová”, cujo credo proíbe transfusões de sangue. Se para o caso de menores de idade se revela legítima a intervenção estatal para, em havendo manifestação contrária dos pais ou responsáveis, determinar o procedimento médico quando tido como indispensável, no que se verifica substancial consenso, é pelo menos questionável que se queira impor a pessoas maiores e capazes algo que seja profundamente contrário às suas convicções, por mais que tais convicções sejam resultado de um processo de formação que se inicia na mais tenra idade. De qualquer sorte, quanto ao caso das pessoas maiores e capazes, não existe uma orientação definida, havendo entendimentos em ambos os sentidos³⁰.

Outro tema de relativo impacto no direito comparado, mas com importantes reflexos no Brasil, é o que trata do conflito entre liberdade religiosa e a proteção dos animais. Ainda que não se atribua aos animais a titularidade de direitos subjetivos, o fato é que existe um dever constitucional de proteção da fauna, que, pelo menos em princípio, poderá justificar restrições ao exercício de direitos fundamentais, incluindo a liberdade religiosa. Se na Alemanha (apenas para referir

²⁹ Nesse sentido, v. o precedente do STF representado pelo RMS nº16.857, Relatoria de Min. Eloy da Rocha, julgado em 22/10/1969, que versa sobre recurso em mandado de segurança impetrado em face de ato da Delegacia de Polícia de Costume de Belo (MG) consistente na apreensão de bens da Igreja Evangélica Pentecostal “O Brasil para Cristo” e na proibição do exercício do culto religioso. A constrição foi justificada na existência de exploração da credulidade pública, eis que dois pastores estariam anunciando publicamente a cura de “enfermos e aleijados, através do ‘milagre da benção e da oração da fé’”. Legitimou-se, na ocasião, o poder de polícia para “evitar a exploração da credulidade pública”, deferindo-se, contudo, o *writ* em parte, a fim de assegurar tão-somente o exercício de culto religioso, “enquanto não contrariar a ordem pública e os bons costumes” (Acerca do crime de curandeirismo e liberdade religiosa, ver ainda RHC nº 62.240, Rel. Min. Francisco Rezek, julgado em 13/12/1984)

³⁰ Sobre o tópico, com uma atualizada amostra em termos de decisões judiciais no Brasil e exterior e uma boa síntese da discussão, v., por todos, Fábio Carvalho Leite, “Liberdade de crença e objeção à transfusão de sangue por motivos religiosos”, in: Daniel Sarmiento e Ingo Wolfgang Sarlet (Coord.), Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica, Rio de Janeiro: lumen Juris, 2011, op. cit., p. 449-479.

um exemplo) o Tribunal Constitucional Federal entendeu que deveria prevalecer a liberdade de profissão em combinação com a liberdade religiosa, tendo em conta que se tratava de caso envolvendo açougueiro turco, adepto do ramo sunita do islamismo, que teve o seu estabelecimento interdito pela autoridade administrativa por estar abatendo animais para consumo sem a prévia sedação³¹, no Brasil a hipótese seguramente mais freqüente é a que envolve os rituais afro-brasileiros do Candomblé e da Umbanda³², onde também são sacrificados animais. A respeito de tal prática, encontra-se decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, em sede de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, declarou a legitimidade constitucional de lei estadual que admite a prática do abate para fins religiosos, desde que mediante consideração dos aspectos levando em conta a saúde pública e a proibição de crueldade com os animais³³, decisão da qual foi interposto recurso ao STF³⁴, que ainda não julgou a matéria³⁵.

A liberdade religiosa (incluindo a liberdade de culto e de organização religiosa) também pode entrar em conflito com a própria liberdade de expressão e comunicação, inclusive a liberdade artística, como se verifica no caso de charges ofensivas a determinada orientação ou prática religiosa, ou mesmo obras literárias e outras formas de expressão. Problemas como o proselitismo no ambiente do trabalho ou mesmo o assédio religioso, a possibilidade de distribuição de panfletos e outros meios de divulgação da crença em espaços públicos, a possibilidade do uso do véu ou outros símbolos religiosos em estabelecimentos de ensino ou no local de trabalho, a legitimidade constitucional dos feriados religiosos e a discussão em torno de o quanto a objeção de consciência, especialmente por motivos religiosos, deve assegurar a realização de provas e concursos públicos em horário apartado, são apenas alguns dos conflitos e problemas de interpretação que se tem oferecido ao debate na esfera da Política e do Direito, resultando em decisões judiciais nem sempre simétricas quando se observa o cenário internacional. Todavia, não sendo o caso de aqui desenvolver tais questões, remete-se aqui à literatura especializada³⁶. O nosso intento foi apenas o de traçar algumas

³¹ Cf. BVerfGE 104, 337.

³² Cf., por todos, Manoel Jorge Silva Neto, "A proteção constitucional da liberdade religiosa", in: Revista de Informação Legislativa n° 160, out.-dez. 2003, p. 120 e ss., que fala em uma "liberdade de sacrifício de animais no ritual".

³³ Cf. ADin n° 70010129690, Rel. Des. Araken de Assis, julgada em 18.04.2005.

³⁴ Cf. RE 494601, Rel. Min. Marco Aurélio, com parecer do Procurador-Geral da República no sentido do desprovimento ou provimento parcial do recurso, se modo a preservar os rituais religiosos.

³⁵ Na doutrina brasileira, v., por todos, Jayme Weingartner Neto, *Liberdade Religiosa na Constituição*, op. cit., p. 279 e ss.

³⁶ No âmbito do direito brasileiro, v., por todos, Jayme Weingartner Neto, *Liberdade Religiosa na Constituição*, op. cit., p. 187 e ss., bem como, por último, do mesmo autor, "Liberdade Religiosa na

considerações sobre o conteúdo da liberdade religiosa como direito fundamental na perspectiva da CF de 1988, na esperança de que a singeleza do texto ainda assim permita que dele se possa fazer algum uso para a teoria e prática da liberdade religiosa no Brasil.

REFERÊNCIAS

Campanhausen, Axel Freiherr von. Religionsfreiheit, in: Josef Isensee e Paul Kirchhof (Org.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. VII, C.F. Müller: Heidelberg, 2009.

Chemerinsky, Erwin. *Constitutional law: principles and policies*. 3rd edition. New York: Aspen, 2006.

Hesse, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed., Heidelberg: C.F. Müller, 1995.

Israel, Jean-Jacques. *Direitos das liberdades fundamentais*. Trad. por Carlos Souza. Barueri: Manole, 2005.

Jellinek, Georg. *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Tradução de Adolfo Posada, México: UNAM, 2003.

Leite, Fábio Carvalho. *Liberdade de crença e objeção à transfusão de sangue por motivos religiosos*. in: Daniel Sarmento e Ingo Wolfgang Sarlet (Coord.), *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

Santos Junior, Aloisio Cristovam dos. *A Liberdade de organização religiosa e o Estado laico brasileiro*, São Paulo: Editora Mackenzie, 2007.

Silva Neto, Manoel Jorge, A proteção constitucional da liberdade religiosa, in: *Revista de Informação Legislativa*, nº 160, out.-dez. 2003.

Soriano. Aldir Guedes. *Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

Weingartner Neto, Jayme. *Liberdade Religiosa na Constituição*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Weingartner Neto, Jayme. *Liberdade Religiosa na Jurisprudência do STF*, in: Daniel Sarmento e Ingo Wolfgang Sarlet (Coord.), *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

Jurisprudência do STF", op. cit., especialmente p. 488 e ss., apresentando um excelente e atualizado inventário da jurisprudência do STF (p. 494 e ss.).

DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS OF PEOPLE WITH DISABILITIES

Vladmir Oliveira da Silveira

Pós-Doutor pela UFSC. Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Professor da UNINOVE e da PUC/SP. Coordenador do Mestrado e Diretor do Centro de Pesquisa em Direito da UNINOVE.

Resumo: Este artigo versa sobre os direitos humanos fundamentais das pessoas com deficiência, sob a perspectiva do processo de dinamogênese de direitos. Por se tratar de um estudo descritivo e exploratório, será realizado com base na pesquisa bibliográfica e histórica, utilizando-se por vezes do método dedutivo e, outras vezes, do indutivo, principalmente nas críticas e reflexões acerca dos textos normativos. A terminologia “direitos humanos fundamentais” se justifica na ideia de complementariedade entre as tutelas nacional, regional e universal desses direitos, constatado o fato de que há direitos humanos que são constitucionalizados e direitos humanos fundamentais que são internacionalizados, podendo-se afirmar a primazia dos direitos humanos fundamentais, tanto no âmbito nacional quanto no internacional. Nesse sentido, este artigo analisa a tutela jurídica das pessoas com deficiência em três níveis: internacional, regional e nacional, traçando um diálogo entre os níveis de proteção, à luz da teoria do Estado Constitucional Cooperativo, de Peter Häberle.

Palavras-chave: Direitos Humanos Fundamentais; Pessoas com deficiência; Processo de dinamogênese de direitos; Estado Constitucional Cooperativo.

Abstract: This article is about the human fundamental rights of people with disabilities upon the perspective of the “dinamogenesis” process of rights. Because this is a descriptive and exploratory survey, it will be conducted based on bibliographical and history research, using both inductive and deductive methods, especially in the critics and reflections about the normative prescriptions. The terminology “fundamental human rights” is based on the idea of complementarity among national, regional and universal trusteeships, considering that some human rights are constitutionalized and some fundamental rights are internationalized. Hence, we can infer the primacy of fundamental human rights whether in the national or in the international level. In this sense, this article analyzes the legal trusteeship of people with disabilities in three instances, namely, international, regional and national, tracing a dialogue among them, in the light of the theory of Cooperative Constitutional State (Peter Häberle).

Keywords: Fundamental Human Rights; People with disabilities, Dinamogenesis process of rights, Cooperative Constitutional State.

Sumário: Introdução; 1. Direitos humanos e o processo dinamogênico. 2. A solidariedade como a aurora de um novo patamar de proteção. 3. A proteção internacional aos direitos das pessoas com deficiência. 3.1 Sistema regional americano. 3.2 Sistema universal. 4. A proteção nacional aos direitos das pessoas com deficiência. 4.1. Direitos humanos com hierarquia infraconstitucional. 4.2. Direitos humanos com hierarquia supralegal. 4.3. Direitos humanos com hierarquia constitucional. 4.4. A não aprovação das novas convenções com quórum de emenda constitucional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A explosão na velocidade do processo de globalização econômica ocorrida a partir da segunda metade do século XX gerou mudanças de natureza social, cultural e política na sociedade, que passou a exigir a tutela de novos valores pelo ordenamento jurídico internacional, o que acabou resultando em modificações significativas no direito internacional e, particularmente, na proteção internacional dos direitos do homem.

A globalização levou o Estado nacional, ciente de não ser autossuficiente, a substituir sua tradicional posição de independência absoluta por uma de interdependência. Com essa abertura ao direito internacional, foi estabelecida uma verdadeira via de mão dupla entre este direito e o estatal, na qual se observou a constitucionalização de direitos humanos e a internacionalização de direitos fundamentais. Ocorreu então a superação do modelo de Estado-Nação por aquele chamado por Peter Häberle¹ de “Estado Constitucional Cooperativo”, que deixou de reivindicar o caráter absoluto da soberania para exercê-la de forma compartilhada², adequada a esse novo cenário de cooperação internacional.

Além disso, como inevitável consequência da intensificação das relações entre esses Estados, os indivíduos desenvolveram uma consciência de pertencimento ao mundo globalizado. Constatou-se então uma expansão da noção de cidadania, não mais restrita à relação do cidadão com seu Estado, mas vendo-o como parte integrante desse novo cenário internacional cosmopolita. Essa cidadania dinâmica e universal, conceituada por Hannah Arendt como “a consciência do indivíduo sobre o direito a ter direitos”³, compreende direitos civis, políticos,

¹ HÄBERLE, Peter. Estado constitucional cooperativo. Trad. Marcos Maliska e Lisete Antoniuk. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

² CAMPELLO, Livia Gagher Bosio; SILVEIRA, Vladimir Oliveira Da. Dignidade, cidadania e direitos humanos. *XIX Encontro Nacional do Conpedi*. Fortaleza, p. 4975, 2010.

³ LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, pp. 146-166.

sociais, econômicos e difusos, necessariamente atrelados aos valores de liberdade, justiça, igualdade e solidariedade. Pode ser observada aqui uma forte e inequívoca aproximação do novo conceito de cidadania com os direitos humanos, que toma por base o valor universalmente válido da dignidade da pessoa humana⁴. O processo de formação dos direitos humanos, pela positivação dos valores axiológicos exigidos pela sociedade em determinado momento, passa a corresponder a um automático alargamento da cidadania dos indivíduos.

O surgimento e a valorização do Estado Constitucional Cooperativo e do princípio da soberania compartilhada, aliados ao novo e cada vez mais amplo conceito de cidadania, deram nova cara à cooperação internacional no âmbito dos direitos humanos. Os processos de constitucionalização dos direitos humanos e de internacionalização dos direitos fundamentais tornaram obrigatória a primazia dos direitos humanos fundamentais, tanto no âmbito nacional quanto no internacional. A proteção desses direitos humanos fundamentais passou a ser realizada por uma relação de complementariedade entre as tutelas nacional, regional e universal desses direitos.

As organizações internacionais são a expressão mais visível do esforço de cooperação internacional, e sua participação é fundamental nessa repartição da proteção dos direitos humanos fundamentais em diferentes sistemas. Assim, enquanto o Estado Constitucional Cooperativo realiza a proteção em âmbito nacional dos direitos fundamentais, as organizações regionais e a Organização das Nações Unidas representam a internacionalização das instituições de proteção aos direitos humanos, incumbidas de realizá-la nos âmbitos regional e universal, respectivamente. Frise-se que elas foram reconhecidas como sujeitos de direito internacional público materialmente na Declaração dos Direitos Universais do Homem de 1948 e formalmente na Convenção de Viena sobre o direito dos tratados de 1986 ("Viena II"). Podendo criar e garantir direitos no ordenamento jurídico internacional, zelam por um maior equilíbrio na estrutura mundial de poder.

Os direitos das pessoas com deficiência, direitos humanos fundamentais de terceira geração, obviamente participam dessa lógica de complementariedade entre os sistemas de proteção. Esse artigo visa identificar a formação e ampliação dos diferentes sistemas existentes de proteção dos direitos humanos das pessoas com deficiência, tendo como plano de fundo a evolução tanto dos direitos humanos no âmbito do ordenamento jurídico internacional quanto dos direitos fundamentais no âmbito do ordenamento interno brasileiro. Antes, contudo, cabe explicar o processo pelo qual esses direitos surgiram e indicar os valores que orientaram sua criação.

⁴CAMPELLO, Livia Gaigher Bosio; SILVEIRA, Vladimir Oliveira Da. *Op. Cit.*, p. 4978.

Por se tratar de um estudo descritivo e exploratório, será realizado com base na pesquisa bibliográfica e histórica, utilizando-se por vezes do método dedutivo e, outras vezes, do indutivo, principalmente nas críticas e reflexões acerca dos textos normativos.

1. DIREITOS HUMANOS E O PROCESSO DINAMOGÊNICO

O reconhecimento dos direitos humanos foi conquistado pouco a pouco, em um processo no qual cada momento histórico contribuiu com suas circunstâncias e peculiaridades, mas sempre marcado por lutas diretas ou indiretas contra o poder estabelecido e pela tentativa de controle e limitação deste poder. Este processo construiu um corpo jurídico de instituições e normas cujo objetivo é a proteção da dignidade da pessoa humana.

Dá-se o nome de *dinamogenesis* dos direitos humanos ao processo pelo qual são reconhecidos e positivados os valores morais e/ou éticos que fundamentam tais direitos, e que podem ser resumidos no respeito e concretização da dignidade humana⁵. Nesse sentido, Pablo Lucas Verdú conceituou os direitos humanos como “expressão axiológica e cultural do valor da dignidade humana”⁶.

Cumprir lembrar que, historicamente, os direitos humanos surgiram dentro de um modelo ocidental, euro-atlântico, que embora se apresente como um sistema complexo, interdependente e dinâmico, fornece concepções valorativas determinadas e específicas. Daí a importância da tomada em consideração do relativismo cultural, da possibilidade de interpretações divergentes de tais valores pelas diferentes culturas.

A teoria tridimensional de Recasens⁷ apresenta o direito como possuidor de três dimensões, interconectadas: o fato, o valor e a norma. A norma deve expressar valores e interesses da sociedade em determinado momento histórico. O direito reflete a realidade dinâmica da vida dos seres humanos. Por isso, ele também é mutável, a fim de responder às necessidades de cada realidade e ser capaz de regulá-la, convertendo o fato social em realidade social disciplinada. Assim, a exigência de novos valores pela comunidade internacional, em razão da evolução histórica das condições econômicas e sociais, explicam a dinâmica do surgimento dos direitos humanos, ou seja, sua *dinamogenesis*.

⁵ SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 185.

⁶ VERDÚ, Pablo Lucas. *Estimativa e política constitucionales*. Madrid: Universidad Complutense, 1984.

⁷ SICHES, Luis Recasens. *Introducción al estudio del derecho*. 6. ed. México: Porrúa, 1981, p. 40.

Todos os valores políticos, econômicos, sociais e culturais, que ao longo da história fundamentaram a criação de direitos humanos, tinham por objetivo a proteção dignidade vital das pessoas. Assim, esta dignidade é um valor expresso por uma sociedade e cultura que fundamenta a criação dos direitos humanos, que tem como objetivo, portanto, expressar e concretizar este valor.

O direito se modifica conforme as características da realidade social, por conta dos efeitos socioculturais. A fundamentação axiológica estuda justamente o valor e o juízo de valor do homem em determinada realidade social. O direito é, assim, um reflexo do sentir axiológico da sociedade. O conceito de direito justo ou moral, o dever-ser valorativo, surge então para induzir a conduta humana a aceitar e proteger os valores expressos pela norma.

A *dinamogenesis* dos valores parte de uma situação inicial na qual estes ainda são elementos pré-jurídicos e metajurídicos, existindo apenas no mundo abstrato de valores. Deste modo, quando os valores em questão são sentidos e demandados, eles passam a compor o sentimento axiológico da sociedade.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico é o responsável por concretizar, dar validade aos valores da sociedade, respondendo assim às suas demandas, conforme explicam Vladmir Oliveira da Silveira e Maria Rocasolano:

Por intermédio da normatização, os valores, que já são, vivem. Saltam do plano ideal (sentimental) para o real (normatizado) porque se pode exigí-los, garanti-los e protegê-los. Pode-se dizer então que o sentimento axiológico é uma ordem valorativa que a sociedade estima como valiosa, define e, por essa razão, sente - e em caso de perigo defenderá apaixonadamente.⁸

Para Garcia Maynez⁹, uma norma só é válida se a conduta por ela exigida constituir um dever ser, que reflete a realização de um determinado valor. A Constituição de um Estado, por exemplo, expressa a vontade popular, o sentir social, enfim, os valores daquela sociedade que considera fundamentais. Vale lembrar que é o ser humano o interesse fundamental de um ordenamento jurídico, estando sempre alocado em seu epicentro.

Em síntese, eis o processo da *dinamogenesis* do direito: parte-se da existência de um valor abstrato que, quando é sentido e torna-se valioso para a sociedade, é normatizado e incluído no ordenamento jurídico, para que possa então ser protegido e garantido pelo direito. Cria-se o dever-ser, um valor jurídico

⁸ SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 196.

⁹ MAYNEZ, Garcia. *El problema jurídico filosófico de la validez del derecho*. México: Imprenta Mundial, 1935, pp. 34-36.

(contraposto aos valores axiológicos, que tão somente “são”) aplicado conforme regras de eficácia, validade e vigência. Há uma diferença temporal entre o surgimento de valores no sentimento axiológico social e sua normatização. Trata-se de questão de segurança jurídica, para garantir que apenas valores verdadeiramente axiológicos, refletindo reais interesses daquela sociedade, passem a ser protegidos pelo direito.

Em se tratando dos direitos humanos, o valor que passou a ser percebido pela comunidade internacional é a dignidade da pessoa humana, impulsionando o seu reconhecimento jurídico. Na medida em que esse valor se expande, com a incorporação de novos conteúdos (liberdade, igualdade, solidariedade etc.), paralelamente evolui também seu reflexo no plano jurídico, construindo aos poucos o atual complexo normativo e institucional do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Isso porque este corpo jurídico está sempre buscando refletir a realidade da comunidade naquele determinado momento histórico. Os direitos fundamentais, por sua vez, correspondem à constitucionalização destes valores reconhecidos pelos direitos humanos, conferindo-lhes proteção jurídica no âmbito interno de um Estado.

Assim, as três dimensões ou gerações dos direitos humanos correspondem a momentos da história nos quais surgiram interesses e demandas específicas na sociedade, valores que passaram a compor a dignidade da pessoa humana e invocaram sua proteção pelos direitos humanos, causando sua modificação e expansão.

Os direitos de primeira geração/dimensão são aqueles que limitam a atuação do poder estatal na esfera de liberdade do indivíduo. Por exigirem do Estado tão somente um dever de salvaguarda, sem necessidade de interferência na esfera particular das pessoas, também são chamados de “liberdades públicas negativas”, ou simplesmente “direitos negativos”. Já os direitos de segunda geração, de caráter social, econômico e cultural, exigem uma efetiva atuação prestacional do poder público para que seja alcançado o substrato mínimo exigido pela dignidade humana. Por sua vez, os direitos de terceira geração, inspirados pela solidariedade, passam a se preocupar com as necessidades do gênero humano, visto como um todo e não apenas individualmente ou dentro de determinada classe. Refletem o interesse da comunidade em garantir a dignidade à todos, inclusive às gerações futuras.

Os ordenamentos jurídicos internos, cada vez mais, compartilham uma visão uniforme da dignidade humana, e os valores que a compõem vem ganhando pouco a pouco caráter universal, o que se comprova pelo crescimento exponencial do número de instrumentos jurídicos internacionais que versam sobre os

direitos humanos. Norberto Bobbio¹⁰ atenta para a necessidade de se buscar, na efetivação dos direitos humanos, o desenvolvimento da sociedade humana como um todo. A dignidade da pessoa deriva de sua própria condição humana, condição esta compartilhada com todos os demais seres humanos, de onde advém seu caráter universal. Note-se que a terceira geração dos direitos humanos foi responsável por introduzir este olhar solidário, fraterno sobre o indivíduo em decorrência tão somente de sua condição humana.

2. A SOLIDARIEDADE COMO A AURORA DE UM NOVO PATAMAR DE PROTEÇÃO

No processo dinâmico de formação dos direitos humanos anteriormente explicado, pelo qual são concretizados os sentimentos axiológicos da sociedade, o valor “solidariedade” pode ser entendido como correspondente à terceira geração desses direitos, sendo responsável por sintetizar os direitos de primeira e segunda gerações e garantir sua realização efetiva.

A afirmação da solidariedade no plano internacional está intimamente relacionada com o questionamento, da noção de Estado-Nação, protagonista das relações internacionais. Após a Segunda Guerra Mundial, e em razão dos eventos nefastos que nela ocorreram, a ideia de uma ordem jurídica internacional comandada pelos interesses individuais dos Estados foi dando lugar a uma outra voltada aos interesses da humanidade, gerida pelas vontades compartilhadas por Estados e organizações internacionais.

O clássico papel central do Estado-Nação no Direito Internacional decorre da aceitação de sua soberania absoluta, e se manifesta de duas formas: na natureza vertical, ou de subordinação, das suas relações internas, na qual seu poder é superior ao de qualquer órgão, entidade ou pessoa; e na natureza horizontal, ou de coordenação, das suas relações com os outros Estados. A segunda metade do século XX é marcada pela transformação desse Estado-Nação, que assume responsabilidades perante o Direito Internacional e a desenvolve com os demais Estados relações não só de coordenação, mas de cooperação e integração. O poder do Estado é mitigado também pela participação cada vez mais intensa e relevante de atores não estatais no cenário internacional. A soberania absoluta estatal de outrora passa assim a dar lugar a uma “soberania compartilhada”, em razão do surgimento de uma verdadeira interdependência entre os Estados, e grande medida em decorrência do fenômeno da globalização.¹¹

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 45.

¹¹ Ver sobre o surgimento do Estado Constitucional Cooperativo em: HÄBERLE, Peter. *Estado cons-*

A Carta das Nações Unidas de 1945 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 marcou o momento em que os Estados manifestaram o desejo de que suas relações passassem a ser pautadas pelos interesses do ser humano, em detrimento de seus próprios interesses individuais. Tais documentos possibilitaram um redimensionamento dos direitos humanos, isto é, a configuração da chamada terceira geração ou dimensão desses direitos, que consagra sua universalidade e busca do desenvolvimento integral da dignidade de todas as pessoas.

Essa nova abordagem universalista dada pelo direito internacional aos direitos humanos é fundamentada e justificada pelo princípio da solidariedade. A terceira geração dos direitos humanos, ou “direitos de solidariedade”, não apenas reivindica, no ordenamento jurídico internacional, a proteção de direitos do ser humano visto individualmente, como faz a primeira geração; ou dentro de coletividades determinadas, como faz a segunda; mas sim do gênero humano como um todo, sendo responsável por sintetizar e garantir a realização efetiva dos direitos de primeira e segunda gerações para toda a humanidade. A solidariedade inspira a preocupação com diversos temas de caráter difuso e global, que por isso afetam todo o gênero humano, como a paz, o meio ambiente, o desenvolvimento, o patrimônio comum da humanidade, a comunicação, a proteção contra as armas nucleares e a biossegurança. Na medida em que o sujeito de tais direitos são toda a humanidade, eles não são restritos à proteção das gerações atuais, mas também das que ainda estão por vir.

Wambert Gomes Di Lorenzo¹² define a solidariedade como uma ação concreta em favor do bem do outro, uma atitude de interesse no sofrimento alheio, ligada à conscientização de que o bem estar de todos depende do empenho de cada um. Assim, o princípio da solidariedade implica na preocupação do meio social como um todo com a realização da dignidade da pessoa humana e no reconhecimento da necessidade de que todos atuem em favor do bem comum. Para o autor, a solidariedade não deve ser compreendida como um sentimento, como a compaixão ou a piedade, mas sim uma atitude concreta, que pode ser direcionada tanto ao bem de um indivíduo específico quanto ao daqueles incluídos em um todo.

Nesse contexto de preocupação com o sofrimento alheio e de busca pela efetivação dos direitos humanos de primeira e segunda gerações de todos os seres humanos, alguns grupos são priorizados, para que se igualem aos demais e não

titucional cooperativo. Trad. Marcos Maliska e Lisete Antoniuk. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

¹² DI LORENZO, Wambert Gomes. *Teoria do estado de solidariedade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, pp. 131-133.

sejam desqualificados pelas suas fragilidades. Certas pessoas necessitam de uma proteção específica para que lhes seja conferida o substrato mínimo de direitos para que vivam de forma digna. Essa proteção é compatível com uma abordagem voltada ao desenvolvimento das capacidades dos seres humanos, que analisa as especificidades emanadas da diversidade humana para tentar reverter as desigualdades que delas decorrem.¹³

O Direito Internacional dos Direitos Humanos passou então a estabelecer normas especializadas para a proteção desses grupos, como os direitos das crianças, das mulheres, das pessoas com deficiência e das vítimas de discriminação racial. Assim, os direitos das pessoas com deficiência compõe um sistema de direitos humanos voltado à realização universal da dignidade humana, tendo por objetivo justamente garantir tal proteção especializada a esse grupo de pessoas.

3. A PROTEÇÃO INTERNACIONAL AOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Embora a proteção das pessoas com deficiência possa ser considerada tão antiga quanto o próprio direito, remontando a textos históricos como as Cartas de Hammurabi, a Lei das Doze Tábuas e a Bíblia¹⁴, um caráter propriamente internacional dessa proteção deve ser analisado partindo de dispositivos encontrados em instrumentos sobre direitos humanos editados na segunda metade do século XX. Nesse sentido, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948¹⁵, diversas declarações e tratados trazem previsões a respeito de direitos das pessoas com deficiência, tanto no âmbito universal como no regional. Assim, é possível dividir o sistema internacional de proteção dos direitos humanos em sistemas regionais e sistema universal.

¹³ Stella Reicher explica a abordagem das capacidades: “Tendo como foco algumas habilidades centrais, o estudo das capacidades enfatiza a idéia de oportunidades, principalmente de escolha e de exercício de direitos e a possibilidade das pessoas tomarem suas próprias decisões com base em diferentes concepções do que consideram uma boa vida. Ao entender ainda que o processo de efetivação de direitos não depende apenas do seu reconhecimento formal, esta abordagem preconiza a promoção da autonomia individual por meio da conjugação de (i) direitos civis e políticos; (ii) direitos econômicos, sociais e culturais; (iii) liberdade de e para decidir e fazer escolhas; e (iv) garantia do potencial para demandar e exercer direitos.” (REICHER, Stella C. Diversidade humana e assimetrias: uma releitura do contrato social sob a ótica das capacidades. *Revista internacional de direitos humanos*: SUR, v. 8, n. 114, junho de 2011, p. 174).

¹⁴ Sobre registros históricos de proteção das pessoas com deficiência, ver: ROSTELATO, Telma Aparecida. A inclusão social das pessoas com deficiência, sob o viés da proteção internacional dos direitos humanos. *Lex Humana*, nº 2, 2010, p. 193.

¹⁵ Artigo XXV, parágrafo 1: “Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.”

Podem ser citados como exemplos de instrumentos que fazem previsão de direitos humanos das pessoas com deficiência pertencentes aos sistemas regionais, no âmbito europeu, a Carta Social Europeia de 1961¹⁶, as Recomendações do Conselho da Europa sobre a Situação dos Doentes Mentais de 1977 e sobre Políticas de Reabilitação para Pessoas com Deficiência de 1992, as Resoluções do Parlamento Europeu sobre os Direitos Humanos das Pessoas com Deficiência de 1995 e sobre a Igualdade de Oportunidades para Pessoas com Deficiência de 1997, e a Diretiva sobre a Igualdade de Tratamento no Emprego de 2000.

No cenário americano, a Organização dos Estados Americanos (OEA), o Protocolo de São Salvador de 1988 e a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra Pessoas com Deficiência de 1999 são os principais instrumentos.

Já no continente africano, a Carta Africana de Direitos Humanos e das Pessoas de 1981, elaborada pela antiga Organização da Unidade Africana, hoje União Africana, estabelece a proteção das pessoas com deficiência¹⁷.

Partindo para o chamado sistema universal de proteção dos direitos das pessoas com deficiência, podem ser elencadas as Declarações dos Direitos da Criança de 1959¹⁸, dos Direitos do Deficiente Mental de 1971, dos Direitos das Pessoas Deficientes de 1975 e dos Direitos das Pessoas Surdas-mudas de 1979, o Programa de Ação Mundial para as Pessoas com Deficiência de 1982, a Convenção nº 159 da Organização Internacional do Trabalho sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes de 1983, a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989¹⁹, os Princípios para a Proteção de Pessoas Acometidas de Transtorno Mental de 1991, as Regras Gerais sobre a Igualdade de Oportunidades para as Pessoas com Deficiência de 1993 e, por último, a Convenção das Na-

¹⁶ Artigo 15: "Com vista a assegurar o exercício efetivo do direito das pessoas física ou mentalmente deficientes à formação profissional e à readaptação profissional e social, as Partes Contratantes comprometem-se: 1) A tomar medidas apropriadas para pôr à disposição dos interessados os meios de formação profissional, incluindo, se for caso disso, instituições especializadas de carácter público ou privado; 2) A tomar medidas apropriadas para a colocação das pessoas fisicamente deficientes, nomeadamente através de serviços especializados de colocação, de possibilidade de emprego protegido e de medidas adequadas a encorajar as entidades patronais a empregar pessoas fisicamente deficientes."

¹⁷ Artigo 18, parágrafo 4: "Os idosos e deficientes devem ter direito a medidas especiais de proteção para a suprir suas necessidades físicas e morais."

¹⁸ Princípio 5º: "À criança incapacitada física, mental ou socialmente serão proporcionados o tratamento, a educação e os cuidados especiais exigidos pela sua condição peculiar."

¹⁹ Artigo 2, parágrafo 1: "Os Estados Partes comprometem-se a respeitar e garantir os direitos previstos na presente Convenção a todas as crianças que se encontrem sujeitas à sua jurisdição, sem discriminação alguma, independentemente de qualquer consideração de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra da criança, de seus pais ou representantes legais, ou da sua origem nacional, étnica ou social, fortuna, incapacidade, nascimento ou de qualquer outra situação."

ções Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2007, certamente o mais completo e abrangente de todos os diplomas mencionados.

3.1. SISTEMA REGIONAL AMERICANO

O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos foi inaugurado pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) em 1948²⁰. O principal documento do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos é a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, também conhecida como “Pacto de São José da Costa Rica”, ao qual o Brasil aderiu em 1992²¹.

Dois órgãos integram o sistema regional americano: a Comissão Interamericana dos Direitos Humanos, que realiza o juízo de admissibilidade de denúncias de violações de direitos humanos e elabora relatórios à Assembleia Geral da OEA; e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que exerce as funções jurisdicional e consultiva²². Interessante característica do sistema em questão é que qualquer pessoa ou grupo de pessoas pode levar à Comissão uma denúncia de violação dos direitos humanos. Para que a questão seja admitida, entretanto, é necessário ter havido o prévio esgotamento das instâncias internas, ou então uma demora injustificada da jurisdição estatal em solucionar a questão. Por sua vez, cabe apenas à Comissão ou a algum dos Estados signatários submeter um caso à apreciação da Corte.

Conforme mencionado anteriormente, no sistema regional americano de proteção dos direitos humanos, dois tratados devem ser destacados em se tratando dos direitos das pessoas com deficiência. O primeiro deles é o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, assinado em São Salvador em 17 de novembro de 1988, cujo objetivo é levar os Estados a tomarem medidas de ordem interna e de cooperação técnica e econômica para a implementação de

²⁰ IX Conferência Internacional Americana, realizada em maio de 1948 em Bogotá, Colômbia.

²¹ A Convenção foi assinada em 22 de novembro de 1969 em São José, Costa Rica, e entrou em vigor em 18 de julho de 1978. O Brasil, que historicamente sempre se mostrou alinhado à evolução dos direitos humanos, por conta do regime ditatorial que perdurou até a década de 80, só aderiu ao diploma em 9 de julho de 1992, tendo depositado o instrumento de adesão em 25 de setembro do mesmo ano. Ver: TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. p. 95.

²² A Comissão foi criada em 1959 e teve seu Estatuto aprovado em 1960, quando entrou em funcionamento. Sua importância foi aumentada gradualmente, até alcançar o papel que lhe foi confiado com a entrada em vigor do Pacto de San José da Costa Rica e a criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, constituída em 1979.

direitos humanos econômicos, sociais e culturais. Utilizando a terminologia “deficientes”, o Protocolo de São Salvador reconhece as necessidades específicas das pessoas com deficiência, que são definidas como aquelas afetadas por “diminuição de suas capacidades físicas ou mentais”²³.

O Protocolo impõe aos Estados-Partes a adoção das medidas adequadas para que as pessoas com deficiência alcancem o grau máximo de desenvolvimento de sua personalidade, elencando como meios de promoção desse desenvolvimento: a criação de programas trabalhistas adaptados às suas necessidades; a formação especial das famílias, para que contribuam positivamente para tal processo de desenvolvimento; a tomada em consideração de suas necessidades específicas na elaboração de planos de desenvolvimento urbano; e a criação de organizações sociais voltada para essas pessoas²⁴. Também é estabelecido o direito das pessoas com deficiência a programas de ensino diferenciados²⁵. A aplicação dos direitos das pessoas com deficiência e das demais regras do Protocolo de São Salvador são controladas por um sistema de *reporting*, em que relatórios periódicos elaborados pelos Estados-Partes sobre as medidas adotadas para a promoção dos direitos previstos no diploma são encaminhados à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que poderá formular observações e recomendações. Uma violação dos direitos referentes à educação pode ser denunciada também pelo sistema de petições individuais.²⁶

O segundo e também o mais relevante diploma do sistema regional americano de proteção das pessoas com deficiência é a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, assinada na Cidade da Guatemala em 7 de junho de 1999, que inova ao versar exclusivamente sobre os direitos humanos das pessoas com deficiência, estando entre esses direitos o de não ser submetido à discriminação com base na deficiência e à plena integração na sociedade.

A Convenção da Guatemala dá definição mais ampla à palavra “deficiência”, passando a corresponder a uma “restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária”²⁷. “Discriminação”, por sua vez, é entendida como qualquer diferenciação, exclusão ou restrição que obste o reconhecimento

²³ Artigo 18: Toda pessoa afetada por diminuição de suas capacidades físicas e mentais tem direito a receber atenção especial, a fim de alcançar o máximo desenvolvimento de sua personalidade. [...]

²⁴ Artigo 18 do Protocolo.

²⁵ Artigo 13.3 do Protocolo.

²⁶ Artigo 19 do Protocolo.

²⁷ Artigo I da Convenção.

ou exercício dos direitos humanos dessas pessoas, só sendo admitida a diferenciação adotada com o intuito de promover sua integração social ou desenvolvimento pessoal. A terminologia utilizada passa a ser “pessoas portadoras de deficiência”, que posteriormente será criticada e retirada das atuais convenções.

É apresentado um rol não exaustivo de medidas de diversas naturezas a serem adotadas pelos Estados-Partes para eliminar a discriminação e promover a integração social das pessoas com deficiência, em questões relacionadas ao trânsito, à comunicação, à habitação, à educação, ao trabalho, ao lazer, ao esporte, ao acesso à justiça, e à segurança dessas pessoas, a fim de garantir-lhes o melhor nível de independência e de qualidade de vida.²⁸

Vale mencionar a previsão da atuação conjunta de organizações públicas e privadas na consecução dos objetivos convencionais, promovendo a participação de representantes de ambas as organizações na elaboração, execução e avaliação das medidas previstas na Convenção. O diploma determina também a criação de canais de comunicação eficazes que permitam difundir entre essas organizações os avanços normativos e jurídicos relacionados aos direitos das pessoas com deficiência.²⁹

A Convenção estabelece uma Comissão para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, à qual devem ser apresentados periodicamente relatórios pelos Estados-Partes incluindo as medidas adotadas na aplicação das obrigações convencionais, bem como os progressos alcançados e as dificuldades encontradas. Com base nesses relatórios, cabe à Comissão examinar o progresso da aplicação da Convenção e elaborar seus próprios relatórios, proporcionando um intercâmbio de experiências entre os Estados-Partes³⁰.

3.2. SISTEMA UNIVERSAL

A construção do sistema universal de proteção dos direitos humanos, conforme explicado anteriormente, foi possível em razão de uma transformação sofrida pelo direito internacional a partir do fim da Segunda Guerra Mundial. A Carta constitutiva da Organização das Nações Unidas (Carta da ONU) de 1945³¹ e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948³² marcam a criação desse novo

²⁸ Artigo III da Convenção.

²⁹ Artigo V da Convenção.

³⁰ Artigo VI da Convenção.

³¹ Assinada em 26 de junho de 1945 em São Francisco, EUA.

³² Assinada em 10 de dezembro de 1948 em Paris.

paradigma no ordenamento jurídico internacional, o chamado “sistema das Nações Unidas”, voltado à consecução de objetivos comuns a todas as Nações, principalmente a promoção da paz e a disseminação do respeito pelos direitos humanos.

Embora a DUDH não seja um tratado internacional ratificado pelos Estados-partes, sua influência no ordenamento jurídico internacional é incontestável. Tanto que seus princípios inspiraram diretamente a feitura de instrumentos posteriores, positivando os princípios previstos na Declaração de 1948 e permitindo a responsabilização dos Estados no plano internacional. A esse processo Flávia Piovesan deu o nome de “juridicização” dos direitos humanos da Declaração³³. No entanto, a bipolaridade política e ideológica observada no mundo ao longo na segunda metade do século XX fez com que a tentativa de “juridicizar” os direitos humanos resultasse não em um único tratado internacional, mas em dois instrumentos distintos: em 1966 foram aprovados pela Assembleia Geral da ONU e abertos para assinaturas e adesões (i) o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, que acabou não sendo assinado por parte dos países socialistas, e (ii) o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que não foi subscrito por parte dos países capitalistas. Assim, na acepção positivista (voluntarista), esses tratados foram responsáveis por atribuir força jurídica vinculante aos direitos já anunciados na DUDH.

Como explicado anteriormente, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, inspirado pelo princípio da solidariedade e na busca pela efetiva realização da dignidade humana de todo o gênero humano, passou a se preocupar com as necessidades específicas de diversas categorias de indivíduos, como a das crianças, das mulheres, das vítimas de discriminação racial e das pessoas com deficiência. Foram criados na ONU comitês especializados para debater a criação de direitos que fossem capazes de compensar as fragilidades apresentadas por cada categoria e garantir a essas pessoas o gozo dos direitos humanos que lhes são inerentes. Norberto Bobbio nomeou essa fase como “a multiplicação de direitos”.

A resolução da Assembleia Geral da ONU nº 56/168 estabeleceu, em 2001, um comitê *ad hoc* para considerar propostas para uma convenção internacional de proteção e promoção dos direitos e da dignidade das pessoas com deficiência. Em 2003, o Comitê Especial decidiu pela constituição de um Grupo de Trabalho para negociar os termos da convenção que viria a ter seu texto final em 2006, quando foi adotada pelo Plenário da Assembleia Geral por consenso.

A composição do Grupo de Trabalho seguiu um caminho inédito na ONU, na medida em que se abriu à participação direta das pessoas com deficiência e de suas organizações representativas na negociação das normas convencionais.

³³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 226.

Luis Gallegos Chiriboga, presidente do Comitê *ad hoc* que compôs o Grupo de Trabalho, avalia a importância da participação da sociedade civil no processo para seu resultado final:

[...] a participação ativa das ONGs ligadas a este tema, assim como as brilhantes intervenções realizadas por esses atores, grandes defensores de seus direitos, ensinou à comunidade internacional que, para contar com uma convenção sobre uma questão tão complicada como a deficiência, por sua especificidade, era preciso incorporar os representantes da comunidade de pessoas com deficiência. [...] Eu me atreveria a dizer que este processo foi um dos mais bem-sucedidos, não só pelo curto tempo que durou a negociação (de 2002 a 2006), considerando os padrões das Nações Unidas, onde a aprovação de convenções demora décadas, mas, sobretudo, pela ampla participação dos Estados e da sociedade civil.³⁴

De fato, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), assinada em Nova York em 13 de dezembro de 2006, obteve uma grande quantidade de assinaturas e ratificações desde sua conclusão, e hoje conta com 155 países signatários, dos quais 132 já o ratificaram ou a ele aderiram posteriormente³⁵, demonstrando um firme compromisso da comunidade internacional com a criação de um “idioma universal” para lidar com questões de deficiência³⁶.

Desta forma, a Convenção e seu Protocolo Facultativo representam o grande instrumento de proteção dos direitos humanos das pessoas com deficiência no sistema universal. Utilizando a terminologia mais atual de “pessoas com deficiência”, o diploma apresenta como objetivo a promoção e a proteção do exercício pleno e equitativo dos direitos humanos por essas pessoas, por meio da aplicação de princípios como o respeito à autonomia individual, a não-discriminação, a plena inclusão na sociedade, a igualdade de oportunidades e a acessibilidade.³⁷ Como explica Flávia Piovesan, a proteção as pessoas com deficiência se divide nas vertentes repressiva, correspondente ao combate à discriminação, e promocional, correspondente à promoção da igualdade efetiva.³⁸

³⁴ Luis Gallegos Chiriboga, presidente (2002-2005) do comitê *ad hoc* que elaborou a Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência, em entrevista para Regina Atalla (trad. Claudia Schilling), publicada na Revista internacional de direitos humanos: SUR, v. 8, n. 114, junho de 2011, pp. 209-210.

³⁵ Informações sobre o status da Convenção podem ser obtidas em: http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&lang=en

³⁶ Luis Gallegos Chiriboga, *op. cit.*, p. 210.

³⁷ Artigo 1 da CDPD.

³⁸ PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência: inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, C. V.; LEITE; G. S. *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São

É apresentada uma definição inovadora de “pessoa com deficiência” como aquela que tem “impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial” que possa “obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”. Tal concepção corresponde a um “modelo social” da deficiência, preocupado com a inclusão dessas pessoas na vida social. O objetivo da Convenção é justamente irradiar essa preocupação para os ordenamentos jurídicos internos dos Estados-Partes, atualizando o tratamento dado pelas legislações internas à questão.³⁹

Da mesma forma, a Convenção apresenta conceitos abrangentes de “discriminação”, que passa a compreender formas diretas e indiretas, e de “adaptação razoável”, que determina a realização de ajustes nos ambientes material e legislativo necessários ao gozo dos direitos humanos pelas pessoas com deficiência, desde que não acarretem um ônus desproporcional ou indevido.⁴⁰

Os Estados-Partes se comprometem a adotar as medidas necessárias à promoção desses direitos, sejam elas de natureza legislativa, administrativa ou qualquer outra, atentando, contudo, à conformidade da adoção de medidas com os recursos de que cada Estado dispõe. É ressaltada ainda a necessidade de participação das pessoas com deficiência, por intermédio das organizações representativas, na elaboração e implementação de tais medidas.⁴¹

A Convenção visa garantir que as pessoas com deficiência desfrutem do inerente direito à vida em igualdade de condições com os demais⁴², e para isso dá especial atenção a determinadas categorias de pessoas com deficiência, conforme suas necessidades específicas. Assim, ao versar sobre as mulheres com deficiência, reconhece sua sujeição a múltiplas formas de discriminação; ao tratar das crianças com deficiência, por sua vez, ressalta a importância de proporcionar uma igualdade de oportunidades em relação às demais crianças, devendo sempre suas opiniões serem levadas em consideração⁴³.

Paulo: Saraiva, 2012, p. 49.

³⁹ Artigo 2 da CDPD.

⁴⁰ Letícia de Campos Velho Martel define “discriminação por impacto adverso” como a que ocorre quando “medidas públicas ou privadas que não são discriminatórias em sua origem nem estão imbuídas de intuito discriminatório, acabam por ensejar manifesto prejuízo, normalmente em sua aplicação, a alguns grupos minoritários, cujas características físicas, psíquicas ou modos de vida escapam ao da generalidade das pessoas a quem as políticas se destinam”. A autora também se debruça sobre a “razoabilidade” da adaptação, concluindo que “razoável é a adaptação eficaz para o indivíduo ou grupo, incluindo-se na ideia de eficácia a prevenção e a eliminação da segregação, da humilhação e da estigmatização.” (MARTEL, Letícia de Campos Velho. Adaptação razoável: o novo conceito sob as lentes de uma gramática constitucional inclusiva. *Revista internacional de direitos humanos*: SUR, v. 8, n. 114, junho de 2011, pp. 91-92).

⁴¹ Artigo 4 da CDPD.

⁴² Artigo 10 da CDPD.

⁴³ Artigos 6 e 7 da CDPD.

Para a consecução dos objetivos convencionais, é considerada essencial a conscientização de toda a sociedade acerca das capacidades e necessidades das pessoas com deficiência, inclusive pelas suas famílias, fomentando assim o respeito pela dignidade dessas pessoas.⁴⁴

Os países se comprometem a garantir às pessoas com deficiência e às suas famílias um padrão de vida adequado, inclusive em relação à alimentação, ao vestuário e à moradia. O direito à educação deve ser assegurado sem discriminação e de modo que proporcione o pleno desenvolvimento do potencial humano dessas pessoas. O direito de acesso a serviços de saúde, incluindo os de reabilitação, deve ser prestado sem discriminação. A reabilitação é vista como meio de prover a máxima independência e capacidade das pessoas com deficiência. Também é garantido às pessoas com deficiência o direito a se manter com um trabalho de sua escolha, cujo ambiente deve ser aberto inclusivo e acessível, bem como seu direito à propriedade ao controle de sua própria vida econômica.⁴⁵

A Convenção traz previsões específicas para que os Estados-Partes tomem as medidas necessárias para garantir às pessoas com deficiência o direito à privacidade⁴⁶; de acesso à justiça e a uma ordem jurídica justa; de participação na vida pública e política; de acesso à vida cultural e à recreação, ao lazer e ao esporte; e de proteção e segurança em situações de risco, como em conflitos armados, emergências humanitárias e desastres naturais. Os países signatários se comprometem a proteger a integridade física e mental das pessoas com deficiência, garantindo-as contra tortura, exploração e abuso⁴⁷.

A Convenção requer que os Estados-Partes identifiquem e eliminem os obstáculos e barreiras encontradas pelas pessoas com deficiência no que tange à acessibilidade, a fim de garantir seu acesso ao transporte, às instalações e serviços públicos, e às tecnologias de informação e comunicação⁴⁸. Para a efetiva realização dos objetivos convencionais por todos os países, é prevista a cooperação internacional a fim de propiciar eventual assistência técnica ou financeira necessária⁴⁹.

Os mecanismos de “controle sistemático” da aplicação da Convenção se divide em um monitoramento interno, realizado pelos Estados-Partes, para verificar a implementação das obrigações convencionais; e outro externo, pelo qual o Co-

⁴⁴ Artigo 8 da CDPD.

⁴⁵ Artigos 12 e 24 a 27 da CDPD.

⁴⁶ Artigos 11, 13, 14, 22, 29 e 30 da CDPD.

⁴⁷ Artigos 15 a 17 da CDPD.

⁴⁸ Artigo 9 da CDPD.

⁴⁹ Artigo 32 da CDPD.

mitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, estabelecido pela Convenção, analisa os relatórios periódicos enviados pelos países e apresenta comentários e recomendações⁵⁰.

Para o monitoramento interno, a Convenção determina que os Estados designem uma autoridade do governo responsável por assuntos relacionados à sua implementação, devendo ser garantida sua independência, bem como a coordenação com os demais órgãos do governo, a fim de garantir a conformidade da atuação estatal de modo geral com as regras da Convenção. Luis Fernando Gatjens defende que seria um erro concentrar as funções de promoção da implementação convencional e de monitoramento dessa implementação em uma mesma instituição, pois “tal órgão do Estado seria, ao mesmo tempo, juiz e autor das funções que desempenha”⁵¹.

A Convenção torna indispensável o envolvimento pleno das pessoas com deficiência e de suas organizações representativas nesse monitoramento. É coerente admitir que o mesmo efeito que teve a participação da sociedade civil na negociação da Convenção, tornando suas normas mais adequadas às necessidades das pessoas com deficiência, terá também no monitoramento das medidas adotadas pelos Estados-Partes. Luis Fernando Gatjens ressalta a importância do papel das organizações representativas das pessoas com deficiência para efetividade do sistema de comentários e recomendações feitas pelo Comitê com base nos relatórios estatais:

Depois de o Comitê Internacional emitir suas observações e recomendações, baseadas no relatório submetido e após dialogar com representantes dos Estados Partes, as organizações de pessoas com deficiência deverão conhecer bem este documento e dar o máximo de publicidade a ele, como primeiro passo no esforço de incidência política, para que as recomendações sejam devidamente cumpridas.⁵²

O Protocolo Facultativo à Convenção, por sua vez, estabelece a competência do Comitê para receber e considerar denúncias, submetidas por pessoas ou grupo de pessoas, ou em nome deles, sujeitos à jurisdição de um Estado-Parte do Protocolo, quanto à violação de direitos previstos na Convenção naquele país, quando todas as instâncias nacionais já tiverem sido percorridas.

⁵⁰ Artigos 33 a 39 da CDPD.

⁵¹ GATJENS, Luis Fernando Astorga. Análise do artigo 33 da convenção da ONU: o papel crucial da implementação e do monitoramento nacionais. *Revista internacional de direitos humanos: SUR*, v. 8, n. 114, junho de 2011, p. 82.

⁵² GATJENS, Luis Fernando Astorga. Análise do artigo 33 da convenção da ONU: o papel crucial da implementação e do monitoramento nacionais. *Revista internacional de direitos humanos: SUR*, v. 8, n. 114, junho de 2011, p. 86.

4. A PROTEÇÃO NACIONAL AOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A proteção aos direitos das pessoas com deficiência surgiu, na história constitucional brasileira, em Emenda nº 1, de 1969, à Constituição de 1967. Seu artigo 175, § 4º, determinava que a educação de “excepcionais” fosse tratada por lei especial⁵³. As contribuições sociais para custear essa educação deveriam ser estabelecidas pelo Congresso Nacional, nos termos do artigo 43, inciso X, da Emenda, que viria a ser incluído pela EC nº 8 de 1977⁵⁴.

A Emenda Constitucional nº 12, deu tratamento mais abrangente à questão dos direitos dos por ela chamados “deficientes”, ao garantir-lhes educação, acesso a instalações públicas, reabilitação e reinserção na vida econômica e social, bem como ao proibir a discriminação.

A Constituição da República de 1988 já trouxe consigo previsões de diversas naturezas quanto aos direitos das pessoas com deficiência, agora denominados “portadores de deficiência” ou “pessoas portadoras de deficiência”. Essas previsões versam sobre sua saúde e proteção⁵⁵, integração social⁵⁶, reabilitação⁵⁷, educação⁵⁸, acessibilidade⁵⁹, a proibição da discriminação no trabalho⁶⁰, a reserva de percentual dos cargos públicos⁶¹ e a adoção de requisitos diferenciados para a aposentadoria⁶².

O Estado se comprometeu a criar programas de atendimento especializado para as pessoas com deficiência, a fim de promover a integração social dos jovens, mediante o treinamento para o trabalho e para a convivência, a facilitação do acesso a bens e serviços coletivos, e a eliminação de toda forma de discriminação⁶³.

⁵³ “Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Podêres Públicos. [...] § 4º Lei especial disporá sôbre a assistência à maternidade, à infância e à adolescência e sôbre a educação de excepcionais.”

⁵⁴ “Art. 43. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sôbre tôdas as matérias de competência da União, especialmente: [...] X - Contribuições sociais para custear os encargos previstos nos artigos 165, itens II, V, XIII, XVI e XIX, 166, § 1º, 175, § 4º e 178.”

⁵⁵ Art. 23, II, CRFB/88.

⁵⁶ Art. 24, XIV, CRFB/88.

⁵⁷ Art. 203, IV, CRFB/88.

⁵⁸ Art. 208, III, CRFB/88.

⁵⁹ Artigos 227, § 2º, e 244, CRFB/88.

⁶⁰ Art. 7, XXXI, CRFB/88.

⁶¹ Art. 37, VIII, CRFB/88.

⁶² Art. 40, § 4º, I, CRFB/88.

⁶³ Art. 227, § 1º, II, CRFB/88.

A essa proteção dada pela legislação constitucional, somou-se o conjunto de direitos das pessoas com deficiência contidos na Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência de 1999, que entrou em vigor no Brasil pelo Decreto nº 3.956 de 8 de outubro de 2001, e, mais recentemente, na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2007, promulgada pelo Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009. Contudo, é importante verificar sua posição hierárquica, haja vista que inaugura uma nova perspectiva de relacionamento entre o ordenamento brasileiro e o direito internacional dos direitos humanos, após o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004.

4.1. DIREITOS HUMANOS COM HIERARQUIA INFRACONSTITUCIONAL

O entendimento da jurisprudência brasileira quanto à posição hierárquica dos tratados de direitos humanos assinados pelo Brasil mudou muito ao longo das últimas décadas do século XX e começo do século XXI. Até o final da década de 70, doutrina e jurisprudência se mostravam concordantes quanto ao primado de normas do direito internacional em relação à legislação infraconstitucional. Celso D. de Albuquerque de Mello exemplifica essa fase com dois acórdãos do Supremo Tribunal Federal, nos julgamentos da Apelação Cível nº 9.587 de 1914 e da Apelação Cível nº 7.872 de 1943, nos quais é afirmada a impossibilidade de que um tratado seja revogado por lei interna posterior a ele.⁶⁴

Essa posição do STF foi drasticamente alterada a partir de 1977, com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004 que entendeu que as regras sobre o registro de nota promissória da Convenção de Genebra para adoção de uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias de 1930, promulgada pelo Decreto nº 57.663/66, não se sobrepunham às normas posteriores do Decreto-lei nº 427/69. Com essa decisão, passou a ser adotada pela jurisprudência a teoria da paridade hierárquica entre lei e tratado, ou doutrina do monismo moderado, segundo a qual uma lei interna posterior é capaz de afastar a aplicabilidade de um acordo internacional anterior.⁶⁵ Francisco Rezek explica que tal entendimento decorreu da falta previsão constitucional quanto ao privilégio hierárquico do tratado internacional, devendo ser garantida a autoridade da norma mais recente.⁶⁶

⁶⁴ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1, p. 111.

⁶⁵ Celso D. de Albuquerque Mello se refere à decisão do RE nº 80.004/77 como “das mais funestas”, caracterizando “um verdadeiro retrocesso nesta matéria” (MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1. p. 112).

⁶⁶ REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 100.

A Constituição da República de 1988 trouxe então, em seu artigo 5º, § 2º, previsão no sentido de que o extenso rol de direitos fundamentais elencados na Carta “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”⁶⁷. Esse dispositivo foi interpretado pela doutrina nacional como uma “cláusula internacional aberta”, possibilitando a integração automática dos tratados sobre direitos humanos assinados pelo governo brasileiro no chamado “bloco de constitucionalidade”, complementando o rol de direitos fundamentais previstos em nossa Constituição⁶⁸. Os demais tratados, por sua vez, continuam com sua hierarquia infraconstitucional estabelecida pelo próprio texto constitucional, na medida em que o art. 102, III, *b*, da CRFB/88 confere ao Supremo a competência para decidir quanto à “inconstitucionalidade de tratado”⁶⁹.

O STF, todavia, voltou a adotar a teoria da paridade entre lei e tratado internacional, dessa vez especificamente quanto a um instrumento de direitos humanos, na decisão do *Habeas Corpus* 72.131-RJ, em 1995, ao rejeitar um posicionamento hierárquico da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, o Pacto de São José da Costa Rica, como superior à legislação interna. No caso, a Corte entendeu pela impossibilidade de que o dispositivo do Pacto que proíbe a prisão civil por dívida, salvo as de natureza alimentícia⁷⁰, subjugasse a disposição constitucional que também admite a prisão do depositário infiel⁷¹, nem obstar lei interna instituidora dessa modalidade de prisão. Desta forma, o STF rejeitou, no acórdão em questão, a interpretação do art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988 como garantidor de hierarquia constitucional a tratados de direitos humanos, aplicando também a estes a teoria da paridade entre tratado e lei interna.

⁶⁷ Ver sobre a inovação trazida pelo Art. 5º, § 2º da CRFB/88 em comparação com a norma equivalente presente no Art. 153, § 36, da anterior Constituição de 1967 em PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 108.

⁶⁸ Nesse sentido, ver SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e abertura material do catálogo de direitos fundamentais na constituição federal de 1988: algumas aproximações. In: BENEVIDES, M. V. de M.; BERCOVICI, G.; MELO, C. de (Org.). *Direitos humanos, democracia e república*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 528-529.

⁶⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 116.

⁷⁰ Art. 7, VII do Pacto: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

⁷¹ Artigo 5º, LXVII, da CRFB/88: “Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

4.2. DIREITOS HUMANOS COM HIERARQUIA SUPRALEGAL

A Emenda Constitucional nº 45 de 8 de dezembro de 2004, que incluiu o § 3º do artigo 5º da CRFB/88, introduziu a possibilidade de que tratados internacionais que versem sobre direitos humanos adentrem a ordem jurídica interna na qualidade de “equivalentes às emendas constitucionais”, caso obedeçam ao trâmite específico previsto no dispositivo para sua incorporação ao ordenamento jurídico interno após a assinatura, isto é, o texto da convenção deve ser aprovado, em cada Casa do Congresso, pelo quórum qualificado de três quintos dos votos e em dois turnos⁷². A Convenção da ONU de 2007 foi o primeiro e, até agora, único tratado a ser internalizado seguindo esse procedimento, tendo sido aprovada pelo Decreto Legislativo nº 186 de 9 de julho de 2008 e promulgada com o Decreto 6.949 de 25 de agosto de 2009⁷³.

Com a promulgação da EC nº 45/2004, e a consequente possibilidade da hierarquia constitucional das convenções sobre direitos humanos aprovadas com quórum de Emenda Constitucional, o Supremo Tribunal Federal se viu diante da necessidade de definir a posição hierárquica de tratados sobre direitos humanos que, anteriores à Emenda, não haviam sido internalizados seguindo aquele trâmite específico. Em 2008, novamente tratando da prisão civil do depositário infiel, o Supremo decidiu, com maioria apertada, pela impossibilidade de tal modalidade de prisão, adotando o entendimento de que a previsão do art. 5º, LXVII, da CRFB/88 quanto à prisão civil por dívida não teria aplicabilidade direta.⁷⁴ O legislador ordinário, por sua vez, não poderia instituir a prisão depositário infiel, incompatível com o art. 7º, VII, do Pacto de São José da Costa Rica. Isso porque o STF passou a reconhecer que a norma convencional que versa sobre direitos humanos, ainda que infraconstitucional, estaria “impregnada de natureza cons-

⁷² Art. 5º, § 3º, CRFB/88: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

⁷³ Vale mencionar aqui a controvérsia existente acerca da necessidade, para a incorporação do instrumento, da promulgação pelo Poder Executivo após a aprovação pelo Congresso. Nesse sentido, salienta Luiz Alberto David Araujo: “[...] Se o projeto de Decreto Legislativo passou por duas votações em cada Casa e foi aprovado por três quintos, como se fosse uma emenda constitucional (com a mesma dificuldade), acreditamos que a vontade popular já está consagrada e não há necessidade, neste caso, do último ato do Poder Executivo. [...] Se emenda fosse (e é equivalente à emenda), não teria passagem pelo Poder Executivo, pois independe de sanção. Ora, por analogia, diante do quórum qualificado fixado no parágrafo terceiro, do artigo quinto, podemos afirmar que a participação (da mesma forma que a Emenda Constitucional) seria dispensável nesta fase.” (ARAUJO, Luiz Alberto David. *A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU e seus Reflexos na Ordem Interna Brasileira in Direito Constitucional Contemporâneo*, Coord. DE LUCCA, N., MEYER-PFLUG, S. R. e NEVES, M. B. B. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p 73.).

⁷⁴ Entendimento adotado ao julgar os Recursos Extraordinários nº 466.343 e nº 349.703 e o *Habeas Corpus* nº 87.585.

titucional”⁷⁵, e por isso deveria ser-lhe assegurada uma posição privilegiada no sistema jurídico brasileiro. Dessa forma, os tratados sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil anteriormente à EC nº 45/2004, e por isso não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação, passaram a gozar de uma condição de “supralegalidade”: formalmente leis ordinárias, mas materialmente superiores a toda a legislação infraconstitucional – inclusive paralisando a eficácia das leis que com eles sejam conflitantes -, alocados logo abaixo da própria Constituição.

4.3. DIREITOS HUMANOS COM HIERARQUIA CONSTITUCIONAL

Até 2004, os tratados de direitos humanos eram recepcionados no ordenamento interno, segundo o entendimento do STF, com força hierárquica equivalente à legislação infraconstitucional, em posição amplamente criticada por doutrinadores que interpretavam o art. 5º, § 2º, da CRFB/88 como reconhecedor das normas contidas em instrumentos sobre direitos humanos assinados pelo Brasil como materialmente constitucionais.

O Congresso Nacional, contudo, se mostrou sensível à realidade da internacionalização do direito brasileiro e promulgou a Emenda nº 45/2004, a emenda da Reforma do Judiciário, promovendo a introdução do § 3º no art. 5º da CRFB/88. Com a Emenda, os tratados de direitos humanos aprovados com quórum de emenda constitucional passam a gozar de constitucionalidade material e formal. A internalização de convenções “com status de emenda constitucional” implica na necessária constitucionalização de todos seus conceitos e obrigações, invalidando toda a legislação infraconstitucional que com eles se mostre incompatível.

O Art 5º, § 3º da CRFB/88 impediu de forma definitiva a interpretação do § 2º do mesmo artigo como reconhecedor de *status* constitucional aos tratados de direito humanos, pois prevê expressamente um trâmite específico para tanto. Nesse sentido, o novo parágrafo poderia ser entendido como um obstáculo à constitucionalização dos direitos previstos em tratados de direitos humanos. Contudo, face à jurisprudência do STF, que já não dava tal aplicação extensiva ao § 2º, a mudança deve ser entendida, na prática, como um avanço no sistema nacional de proteção dos direitos humanos.

Questão relevante é a referente à denúncia de um tratado de direitos humanos que foi internalizado observando o trâmite previsto no art. 5º, § 3º, da CRFB/88. Se suas normas passaram a integrar formalmente o texto constitucional, compondo, portanto, o conjunto de direitos e garantias fundamentais prote-

⁷⁵ Conforme a expressão utilizada pelo Min. Celso de Mello no julgamento do HC nº 87.585.

gidos por cláusula pétrea⁷⁶, não seria mais possível sua subtração, nem mesmo por intermédio de uma emenda constitucional. Assim, mesmo que o Brasil venha a se desobrigar no plano internacional, por meio da denúncia do tratado⁷⁷, internamente o texto aprovado permaneceria como parte integrante da Constituição.

A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, desta forma, passaram a integrar o quadro constitucional tanto no campo material, em razão do assunto de que tratam, quanto no formal, em razão do procedimento de incorporação diferenciado por que passaram. Toda a legislação infraconstitucional deve passar a ser aplicada em conformidade com os conceitos da Convenção da ONU de 2007, ainda que isso possa representar uma dificuldade a mais para os operadores do direito, por se tratar de uma definição mais aberta e abrangente. Deduz-se a adoção automática da terminologia “pessoas com deficiência”, bem como a da conceituação da deficiência como “impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial” que obstruem sua “participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”⁷⁸.

Luiz Alberto David Araujo⁷⁹ critica o fato de que a Administração Pública continua a utilizar, em certas ocasiões, a definição dada pelo Decreto nº 5.296/2004, que tenta elencar todas as possíveis formas de deficiência para delimitar o grupo de vulneráveis que podem usufruir dos direitos em questão. Para ele, a complexidade de uma Convenção Internacional ratificada pelo Brasil não pode ser obstáculo à sua aplicação. Essa adequação também deve ocorrer em relação aos conceitos trazidos pela Convenção de “discriminação por motivo de deficiência” e de “adaptação razoável”, densificando as normas constitucionais e infraconstitucionais que tratam dessas questões. Devem ainda ser considerados

⁷⁶ Art. 60, § 4º, IV, da CRFB/88: “[...] § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais.”

⁷⁷ A denúncia de tratados internacionais pelo Brasil é realizada por meio de uma decisão do Presidente da República. A competência do Poder Legislativo para o ato, contudo, é questão controversa. Hildebrando Accioly entende que, tal qual a ratificação, a denúncia é ato privativo do Poder Executivo, único competente para a condução da política externa. Em sentido contrário, Francisco Rezek argumenta que, tendo sido necessária uma comunhão das vontades do Executivo e do Legislativo para a internalização do tratado, a vontade de qualquer dos dois Poderes seria suficiente para denunciá-lo. Celso D. de Albuquerque Mello, por sua vez, sustenta que um processo mais democrático seria aquele pelo qual o ato de confirmação da denúncia praticado pelo Executivo exigisse a prévia autorização do Legislativo. (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 140-141; e REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 112-113)

⁷⁸ Art. 2 da Convenção da ONU de 2007.

⁷⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU e seus Reflexos na Ordem Interna Brasileira in *Direito Constitucional Contemporâneo*, Coord. DE LUCCA, N., MEYER-PFLUG, S. R. e NEVES, M. B. B.. São Paulo: Quartier Latin, 2012, pp. 74-76.

pela Administração Pública e pelos operadores do direito, na aplicação dos direitos das pessoas com deficiência, princípios convencionais como o respeito pela diferença das pessoas com deficiência, pela sua liberdade, pela dignidade que lhes é inerente, pela sua autonomia individual etc.

4.4. A NÃO APROVAÇÃO DAS NOVAS CONVENÇÕES COM QUÓRUM DE EMENDA CONSTITUCIONAL

A inovação introduzida pela EC nº 45/2004 em relação aos tratados de direitos humanos trouxe consigo diversos aspectos suscetíveis de discussão, tendo em vista a inexistência de uma regulamentação mais detalhada sobre o rito de incorporação. Por exemplo: a quem cabe determinar se o procedimento de aprovação a ser seguido por determinado tratado é aquele previsto pelo Art. 5º, § 3º, e não o rito comum de aprovação de leis ordinárias? Em outras palavras, a quem compete qualificar o instrumento como um tratado internacional sobre direitos humanos? E ainda: caso o tratado siga o trâmite previsto pelo § 3º e não obtenha o quórum de aprovação específico ali previsto, mas tão somente o quórum de maioria simples, ele pode ingressar no ordenamento interno com *status* de lei ordinária? Ou deve ser rejeitado?

Para Flávia Piovesan⁸⁰, os novos tratados de direitos humanos a serem ratificados serão normas materialmente constitucionais por força do § 2º do art. 5º da CRFB/88, não importando seu quórum de aprovação. Nesse sentido, a inovação trazida pela Emenda foi tão somente de fazer com que os tratados que vierem a ser incorporados pelo procedimento próprio das emendas constitucionais adquiram o *status* de norma formalmente constitucional. Para a autora, a diferença entre os regimes jurídicos de ambos os tratados se restringe à proteção recebida por suas normas das cláusulas pétreas, de que só tratados formalmente constitucionais gozariam, enquanto que as normas dos tratados de direitos humanos apenas materialmente constitucionais poderiam ser removidas do ordenamento jurídico brasileiro.

Estas são questões que permanecerão indefinidas até que seja elaborada regulamentação específica. Vladimir Oliveira da Silveira e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug atentam para os riscos da indefinição quanto à possibilidade de tratados de direitos humanos serem internalizados com hierarquia infraconstitucional:

[...] poderá implicar em uma esquizofrenia sistêmica que permitiria a existência de direitos humanos de primeira classe (hierarquia consti-

⁸⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 138-140.

tucional), segunda classe (hierarquia suprallegal) e terceira classe (hierarquia de lei ordinária). Isso sem falar em tratados principais que poderiam ter *status* inferiores aos seus protocolos, o que violaria a regra básica interpretativa na qual o acessório acompanha o principal.⁸¹

Vale lembrar que o Congresso Nacional deu efetividade direta ao § 3º do art. 5º da Constituição ao aprovar a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em 9 de julho de 2008, sem que houvesse nenhuma regulamentação específica sobre o rito de internalização.

CONCLUSÃO

A globalização levou os Estados a assumirem novas funções no ordenamento jurídico internacional, surgindo o Estado Constitucional Cooperativo, detentor de uma soberania compartilhada e preocupado em promover a cooperação internacional. Esse novo cenário proporcionou um intenso diálogo do direito interno com o internacional. No âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, observou-se então um fenômeno de internacionalização dos direitos fundamentais e de constitucionalização de direitos humanos.

A ampliação do conceito de cidadania em direção a uma “cidadania universal”, congruente com os direitos humanos em suas mais variadas dimensões, passou a exigir a proteção desses direitos, e a consequente realização da cidadania, nos níveis nacional, regional e universal.

Os direitos das pessoas com deficiência compõem os chamados direitos de terceira geração/dimensão, criados por um desejo da sociedade de positivação do valor axiológico da solidariedade, por intermédio do chamado processo dinâmico, refletindo uma preocupação com a garantia da dignidade a todos os seres humanos, por meio de uma proteção especializada a grupos que apresentem maior fragilidade.

Dessa forma, a proteção dos direitos das pessoas com deficiência é promovida pela complementariedade dos sistemas universal, regional e nacional. O sistema universal foi instituído pela Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2006 e seu protocolo facultativo; o regional, no caso do continente americano, tem como principais instrumentos o Protocolo de São Salvador de 1988 e a Convenção da Guatemala de 1999, e se vale também

⁸¹ SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Tratados de direitos humanos e a evolução jurisprudencial do supremo tribunal federal. In: *A problemática dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa* – desafios materiais e eficaciais. Joaçaba: Unoesc, 2012, pp. 183-189.

dos órgãos do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, a Comissão e a Corte Interamericanas de Direitos Humanos; e o nacional, promovido, no Brasil, pelo rol de direitos fundamentais previstos constitucionalmente e pela aplicação interna dos instrumentos internacionais.

É participando dessa complementariedade pela proteção e garantia dos direitos humanos que o Brasil se mostra aberto ao modelo do Estado Constitucional Cooperativo. A EC nº 45/2004 representa, na prática, a vontade do legislador de permitir a internacionalização do direito brasileiro. A Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2006 e seu protocolo facultativo foram os primeiros tratados incorporados com *status* material e formalmente constitucional, o que proporciona às suas normas a máxima proteção e garantia de observação possível no ordenamento interno. Resta apenas que seja regulamentado esse novo procedimento incorporação dos tratados de direitos humanos trazido pela EC nº 45/2004, para que seja ressaltada a harmonia entre esses diplomas no direito brasileiro.

REFERÊNCIAS

- ARAUJO, Luiz Alberto David. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU e seus Reflexos na Ordem Interna Brasileira. In: *Direito Constitucional Contemporâneo*, Coord. DE LUCCA, N., MEYER-PFLUG, S. R. e NEVES, M. B. B.. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CAMPELLO, Livia Gaigher Bosio; SILVEIRA, Vladimir Oliveira Da. Dignidade, cidadania e direitos humanos. *XIX Encontro Nacional do Conpedi*. Fortaleza, 2010.
- DI LORENZO, Wambert Gomes. *Teoria do estado de solidariedade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- GATJENS, Luis Fernando Astorga. Análise do artigo 33 da convenção da ONU: o papel crucial da implementação e do monitoramento nacionais. *Revista internacional de direitos humanos: SUR*, v. 8, n. 114, junho de 2011.
- HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Trad. Marcos Maliska e Lisete Antoniuk. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- MARTEL, Letícia de Campos Velho. Adaptação razoável: o novo conceito sob as lentes de uma gramática constitucional inclusiva. *Revista internacional de direitos humanos: SUR*, v. 8, n. 114, junho de 2011.
- MAYNEZ, Garcia. *El problema jurídico filosófico de la validez del derecho*. México: Imprenta Mundial, 1935.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência: inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, C. V.; LEITE, G. S. *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012.

REICHER, Stella C. Diversidade humana e assimetrias: uma releitura do contrato social sob a ótica das capacidades. *Revista internacional de direitos humanos*: SUR, v. 8, n. 114, junho de 2011.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROSTELATO, Telma Aparecida. A inclusão social das pessoas com deficiência, sob o viés da proteção internacional dos direitos humanos. *Lex Humana*, nº 2, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e abertura material do catálogo de direitos fundamentais na constituição federal de 1988: algumas aproximações. In: BENEVIDES, M. V. de M.; BERCOVICI, G.; MELO, C. de (Org.). *Direitos humanos, democracia e república*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SICHES, Luis Recasens. *Introducción al estudio del derecho*. 6. ed. México: Porrúa, 1981.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Tratados de direitos humanos e a evolução jurisprudencial do supremo tribunal federal. In: *A problemática dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa – desafios materiais e eficaciais*. Joaçaba: Unoesc, 2012.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Estimativa e política constitucionales*. Madrid: Universidad Complutense, 1984.

A INFLUÊNCIA DA DOUTRINA NAS CORTES CONSTITUCIONAIS

THE DOCTRINE INFLUENCE IN CONSTITUTIONAL COURTS¹

Marcelo Figueiredo

Mestre e Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Professor Associado da PUC-SP, no programa de Pós-Graduação em Direito.

Resumo: Trata-se de artigo produzido a propósito da conferência intitulada “*L’Influenza Della Dottrina Nelle Decisioni Delle Corti Costituzionali*” proferida em 13 de junho de 2014 na Università Degli Studi Suor Orsola Benincasa - Facoltà Di Giurisprudenza, em que se discute o papel da doutrina como fundamentação das decisões das Cortes Constitucionais, percorrendo-se autores e casos de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em que determinadas teorias estrangeiras são acolhidas e referidas.

Palavras-Chave: Fontes do Direito; Doutrina; Supremo Tribunal Federal; Jurisprudência Estrangeira; Teoria da Argumentação.

Abstract: This paper was written for the conference called “*L’Influenza Della Dottrina Nelle Decisioni Delle Corti Costituzionali*”, 13 June, 2014, at Università Degli Studi Suor Orsola Benincasa - Facoltà Di Giurisprudenza. The main purpose is to discuss the role of the doctrine to state the reasons of the Constitutional Court decisions and analyze cases of the Brazilian Supreme Court which refer to foreign authors and foreign jurisprudence.

Keywords: Law foundations; Doctrine; Brazilian Supreme Court; Foreign Jurisprudence; Theory of argumentation.

Sumário: Introdução. 1. A Doutrina. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A heterogeneidade das diversas fontes do direito e das razões ligadas ao seu desenvolvimento, a existência de diversos ordenamentos jurídicos, presentes

¹ Artigo produzido a propósito da conferência intitulada “*L’Influenza Della Dottrina Nelle Decisioni Delle Corti Costituzionali*” proferida em 13 de junho de 2014 na Università Degli Studi Suor Orsola Benincasa - Facoltà Di Giurisprudenza. Uma iniciativa do Instituto Ibero-Americano de Direito Constitucional, Seção Italiana.

nos diversos Estados, não permitem uma resposta simples sobre a sua influência na produção do Direito.

O que é possível dizer com certa margem de segurança é o seguinte. Não há ordem jurídica que privilegie uma determinada fonte de direito exclusivamente e ignore todas as demais. O direito se cria a partir da realidade e procura incidir sobre esta.

A Constituição, a lei, os costumes, a jurisprudência, a doutrina, a ordem interna, portanto, a ordem internacional e a ordem supranacional² contribuem, cada um a seu modo, de uma forma particular, para a realização e a aplicação do Direito.

Registre-se que os chamados sistemas internacionais e os sistemas internos não constituem unidades separadas, mas integradas. Na verdade, os processos de “globalização” e “universalização” do Direito, particularmente do direito constitucional, criaram por cima da rede tradicional dos Estados, um “*sistema político integrado a vários níveis*”, que obedece a uma regulamentação jurídica própria (QUEIROZ, 2009, p. 408). A interação de cada uma dessas fontes, a sua recíproca influência e a diversidade contribuem para o enriquecimento de toda experiência jurídica da interpretação e aplicação do Direito.

É claro que cada ordenamento jurídico, ou como nos falava René David, cada «*família*” do direito tem lá as suas características e pode conferir a essas ou àquelas fontes uma força ou importância maior.

Seja como for, do ângulo da aplicação do direito nenhum juiz é indiferente à lei, à doutrina. Nenhum legislador deveria ignorar, do mesmo modo, as regras jurídicas ou a jurisprudência e também o contrário: a doutrina também deve conhecer bem a lei, as regras de direito, enfim, e a jurisprudência.

Como muito bem observou Keith Stanton (2011, p. 206)³:

Judges, like all lawyers, base their work on knowledge and skills acquired from a wide variety of sources over many years. A judge's thinking and approach to an issue will inevitably have been moulded by books and articles read when they trained and over the course of a career in the law, even before counsel commences arguing a case based on their own training, experience and thinking.

Todos os ordenamentos jurídicos podem variar entre si, mas todos eles de algum modo contribuem para a evolução do Direito e também acabam, em maior ou menor grau, estabelecendo alguma influência recíproca entre si.

²“ordem jurídica cosmopolita”, “mundial” ou “global”.

³ Use of Scholarship by the House of Lords in Tort Cases. In: LEE, James (Ed.). From House of Lords to Supreme Court: Judges, Jurists and The Process of Judging. Oxford, 2011, pág. 206.

1. A DOUTRINA

A doutrina, segundo lição que aprendemos, já nos primeiros anos do curso de Direito⁴, é o pensamento dos autores em matéria jurídica expresso em suas obras jurídicas. O termo é *ambíguo*, pois não há propriamente “uma doutrina”, mas diversas e variadas doutrina(s).

Ao contrário do que ocorre na Itália, quando utilizamos o termo “doutrina” no Brasil, estamos nos referindo exclusivamente a obras jurídicas escritas, a trabalhos doutrinários ou artigos científicos escritos normalmente por professores de direito, estudiosos de direito, profissionais de direito.

Não empregamos o termo “doutrina” como os italianos. Ao que parece esse termo na Itália tem um significado bem mais amplo para designar todo o instrumental (possibilidades) utilizado pelos juízes para criar o Direito nos Tribunais e não exclusivamente as obras científicas produzidas pelos professores de Direito.

No Brasil, quando queremos nos referir a todo esse instrumental o denominamos de “*jurisprudência*”. Esta sim compreende toda a produção dos Tribunais, os casos julgados e neles, evidentemente, o julgador tem toda a liberdade para citar, colacionar, qualquer teoria ou obra jurídica (ou de outra natureza) que entende cabível ao caso enfrentado.

Existem autores que manifestam livremente o seu pensamento a respeito do Direito. Não há um (único) corpo ou unidade de pensamento organizado de onde possamos sacar nossas conclusões coerentes e prontas. Existem sim obras de vários autores contendo diferentes opiniões e construções com diferentes estilos e conclusões sobre os mais variados “ramos” do Direito.

Os clássicos a definem como “*une opinion écrite et scientifique qui fait autorité*” (CAPITANT, H.). Em geral, a doutrina nos tempos atuais não é colocada como uma fonte verdadeira do Direito.

A “lei” em sentido amplo, ou melhor dizendo, o Direito escrito, sobretudo nos países de tradição romano-germânica, ainda aparenta ser a fonte mais importante, ficando a doutrina como um reflexo das fontes ditas “verdadeiras”, relegada a um segundo plano (ATIAS)⁵

É verdade que a doutrina no passado já foi uma fonte “verdadeira” do Direito. Lembremos do Direito Romano onde a opinião de certos juristas se

⁴ Ao menos no Brasil.

⁵ Essa clássica distinção ou característica, se quisermos, todavia perde hoje força por várias circunstâncias, dentre elas destaque-se a aproximação das distâncias entre os ordenamentos, sua integração, o direito supranacional e internacional e tantos outros aspectos.

impunha aos juízes e na Idade Média, após o renascimento do Direito Romano⁶ (CORREIA & SCIASCIA, 1949, p. 421), encontramos a “*communio opinio doctorum*” que gozava de grande autoridade. Recorde-se, ainda, no direito alemão do século XIX, o prestígio alto alcançado pela Escola dos Pandectistas, também conhecida como o “*Direito dos Professores*”. Na maioria dos casos, acreditamos hoje, a doutrina não é considerada verdadeiramente uma fonte de direito.

Deveras, as opiniões dos autores comumente divergem ou se alteram com o tempo, ou podem ser até serem contraditórias. É certo também que a doutrina não há caráter vinculante ou obrigatório para os juízes ou para o Judiciário.

Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto (2013, p. 28) ensina:

A doutrina deve ser empregada pelos julgadores para dela extrair argumentos e teses que auxiliem na análise do caso concreto. A doutrina não diz o Direito. Os argumentos doutrinários devem ser analisados criticamente, cotejando todos os outros elementos essenciais ao julgamento, notadamente as normas (constitucionais, legais e regulamentares) e a situação fática em que o conflito se colocou. Em outros termos, a doutrina é mais um elemento de análise do julgador, que, contudo, não pode se afastar do arcabouço normativo para adotar um ou outro posicionamento doutrinário.

Importante ressaltar que este modo de trabalho com a doutrina é inteiramente diferente da invocação do argumento de autoridade, ou seja, da adoção de determinado argumento porque determinado jurista, considerado por seus pares como consagrada doutrina, assim o disse. Este é o modo inadvertido de se trabalhar com a doutrina. Também é modo inadvertido de trabalho doutrinário a adoção de posicionamento porque a ‘maioria doutrinária’ ou a ‘corrente prevalecente’ assim interpreta.

⁶ É fora de dúvida que a atividade dos juristas romanos no concernente à anotação das obras dos seus predecessores, constitui um aspecto relevante da produção jurídica da época clássica. Com efeito, às anotações em geral se pode prender todo escrito que de qualquer modo se refira ao estudo de outro jurista, dede o puro e simples acréscimo explicativo até o verdadeiro comentário, que por tamanho e conteúdo supera algumas vezes o texto original. É, de outro modo através de tais notas e comentários que podemos muitas vezes conhecer as fases do desenvolvimento de normas e institutos fundamentais ou fixar as divergências de doutrina da jurisprudência romana, que constituem, em definitivo, um dos aspectos mais salientes do desenvolvimento do sistema clássico. Percorrendo o índice que se encontra em apêndice à *Palingenesia de Lenel*, encontramos grande número de juristas que anotaram obras de predecessores, ou cujas obras foram anotadas por juristas posteriores; nos Digestos são relativamente numerosos os textos que conservam ou referem anotações. Em tal sentido, o termo *notare* é técnico. Pode encontrar-se após o fragmento originário como inscrição a nota, precedido do nome do jurista anotador; mais frequentemente nas inscrições do verbo *notat* e precede à anotação tão somente o nome do jurista anotador”. CORREIA, Alexandre & SCIASCIA, Gaetano. Manual de Direito Romano de Alexandre Correia e Gaetano Sciascia, Volume I, Ed. Saraiva, São Paulo, 1949, pág. 421.

Entretanto, forçoso reconhecer que ela é (ou deveria ser) um importante elemento para o legislador, em geral, e mesmo para os tribunais (VERGOTTINI, 2007, p. 109)⁷.

Parece natural que a doutrina exerça uma influência maior nos ordenamentos jurídicos que não disponham de um direito constituído, escrito e bem estruturado. Era o que ocorria, mesmo em alguns países da Europa, como na França e na Alemanha, antes das grandes codificações do início ao fim do século XIX.

Como bem recorda Jean-Louis Bergel (1989, p. 69):

Après la codification, la doctrine se borne à commenter et interpréter les textes comme le fit au XIX siècle, en France, l'Ecole de l'Exégèse. De même, c'est avant que la jurisprudence ne soit formée que la doctrine a le plus d'influence sur la solution d'un problème déterminé. La vide juridique est un quelque sorte le paradis des juristes. On ne peut défricher que des terrains vierges. Toutes les constructions intellectuelles y sont possibles alors qu'une législation et une jurisprudence abondantes ne laissent que peu de place à l'innovation. Cela explique, multiplicité des textes, le désordre d'une réglementation détaillée et pointilleuse, les contradictions, les ambiguïtés et les insuffisances qui en résultent imposent cependant de redécouvrir les principes sous le fatras de la réglementation, de restaurer les méthodes d'interprétation de la loi, de reconstituer des méthodes de raisonnement. Il appartient à la doctrine de jouer ce rôle éminent. C'est à elle, en effet, qu'incombent la synthèse du droit, la réflexion critique et constructive, la systématisation interdisciplinaire des règles de droit, la recherche de plus de cohérence et, souvent, l'inspiration de solutions nouvelles.

En réalité, la doctrine est tantôt spectateur, tantôt acteur.

No direito norte-americano, Toni Fine classifica como fonte de direito secundária: a) as *Law review(s)* - artigos científicos publicados pelas várias escolas de direito, editadas em sua maioria por estudantes e, eventualmente, por professores (*peer edited*) em muito menor número; b) as enciclopédias jurídicas (*Treatises - American Law Reports*), fontes de referência mais úteis para pesquisadores que não possuem muita experiência na área em que estão pesquisando; c) os *Restatements* (compêndios) do direito (ALI) *American Law Institute*, criado em

⁷ Giuseppe de Vergottini, ensina: "Il diritto *dottrinario* è formato sulla base delle analisi ed elaborazioni razionali svolte dagli studiosi del diritto; quello giudiziario o giurisprudenziale deriva dalle pronunce discendenti da procedimenti razionali svolti dai giudici con riferimento ai casi sottoposti alla loro attenzione. In realtà la distinzione fra profilo teorico e profilo pratico delle due forme di produzione non è sempre agevole, in quanto esistono esempli storici di diritti giurisprudenziali basati sulla applicazione di precedenti elaborazioni dottrinali. Ciò è avvenuto per i «veda indu» e per l'antico diritto cinese e giapponese». *Diritto Costituzionale Comparato. Settima Edizione, Volume I*, Padova, Cedam, 2007, pág. 109.

1923, para apoiar o esclarecimento e a simplificação do direito, inicialmente elaborado por eminentes professores de direito em colaboração com consultores, advogados e juízes. Afirma:

tem sido grande a influência dos restatements no desenvolvimento dos Estados Unidos, e eles contêm as opiniões dos maiores estudiosos do país sobre cada assunto, as quais devem ser levadas em consideração. Constituem ainda uma fonte de direito secundária de grande importância, sendo comumente citados em consideração em cortes nas quais não há autoridade de controle (FINE, 2011, p. 51).

Na Colômbia, a Corte Constitucional e sua jurisprudência assumiram, paulatinamente, um papel importante após a Constituição de 1991. Hoje, alguns doutrinadores consideram que sua jurisprudência é uma fonte formal de direito.

O artigo 230 da Constituição Política da Colômbia clama por “*el imperio de la ley al instruir al juez sobre la obligatoriedad de su observancia, en los casos bajo su conocimiento. Y, al mismo tiempo ubica a la equidad, a la jurisprudencia y a los principios generales del derecho*” como criterios auxiliares da atividade judicial.

Já na sentença SU - 047 de 1999, a própria Corte Constitucional desenvolveu toda uma doutrina que afirmava sobre o alcance de suas decisões obrigatórias e vinculantes.

Nela afirmou:

Si bien las altas corporaciones judiciales, y en especial la Corte Constitucional, deben en principio ser consistentes con sus decisiones pasadas, lo cierto es que, bajo especiales circunstancias, es posible que se aparten de ellas. Como es natural, por razones elementales de igualdad y seguridad jurídica, el sistema de fuentes y la distinta jerarquía de los tribunales implican que estos ajustes y variaciones de una doctrina vinculante sólo puede ser llevados a cabo por la propia Corporación judicial que la formuló. Por tal razón, y debido al especial papel de la Corte Constitucional, como intérprete auténtico de la Carta y guardiana de su integridad y supremacía, corresponde a esa Corporación, y sólo a ella, modificar las doctrinas constitucionales vinculantes que haya desarrollado en sus distintos fallos.

Este particular proveído de la Corte, se constituye en un hito, pues como lo explica el profesor Abraham Sánchez Sánchez, define bajo los términos del common law los diversos componentes de una sentencia y su grado de obligatoriedad, haciendo precisión sobre la parte resolutive o ‘decisum’ razón o motivación de la decisión, ‘ratio decidendi’ y los dichos al pasar, que se definen como ‘obiter dicta’.

Estos específicos componentes constitutivos de la sentencia, tienen un dife-

rente grado de obligatoriedad, de donde se sigue que en nuestro país (Colombia) la fuerza vinculante de los fallos de constitucionalidad, se deduce de producir efectos erga omnes, sin que se pueda predicar fuerza vinculante en sí misma de la parte resolutive, toda vez que ésta no constituye en sí misma el precedente, de donde se sigue que es la ratio decidendi del caso en concreto la que obliga al juez, pues ella contiene 'el principio abstracto que fue la base de la decisión' y que obliga al juez a aplicarlo en situaciones similares.

Ya anteriormente la misma Corporación enseñó una serie de principios a tener en cuenta para comprender tal alcance, en la Sentencia C-131 de 1993, en donde instruyó puntualmente los siguientes aspectos:

- 1. Las sentencias por ella dictadas se constituyen para el juez en fuente obligatoria.*
- 2. Exclusivamente una parte de sus sentencias tiene carácter de cosa juzgada.*
- 3. Dicho carácter se pregona en algunos apartes de las sentencias explícitamente, mientras en otros en forma implícita.*
- 4. El tránsito a cosa juzgada explícita se establece en la parte resolutive, según lo dispone el artículo 243 de la Constitución, mientras que gozan de cosa juzgada implícita, todos aquellos conceptos de la parte motiva que conserven unidad de sentido con la parte dispositiva de la sentencia, pues no se pueda entender ella sin aludir a aquéllos.*
- 5. La parte motiva de una sentencia de constitucionalidad tiene el valor que la Constitución le ha asignado a la doctrina, según el artículo 230, es decir, criterio auxiliar.*
- 6. Los fundamentos comprendidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden una relación directa con la resolución, al igual que aquellos que ella misma indique como tenedores de un nexo causal con la parte resolutive, se tornan obligatorios y deben ser obedecidos por las autoridades ya que corrigen la jurisprudencia.*
- 7. La ratio iuris es la fuerza de la cosa juzgada implícita de las sentencias de la Corte Constitucional dado que esa Corporación confronta en la parte motiva de sus fallos, la norma revisada con la totalidad de los preceptos de la Constitución Política⁸ (Cf. MARTÍNEZ & HIGUERA, 2011, p. 451).*

Já para a realidade brasileira, as lições introdutórias que acabamos de trazer a respeito do papel da doutrina, aplicam-se genericamente a qualquer ordena-

⁸ Cf. MARTÍNEZ, Fanny Elizabeth Robles & HIGUERA, Lúbia Paulina Gómez. La Jurisprudencia Constitucional como Fuente del Derecho Enfoque desde el Operador Judicial. In: IBÁÑEZ, Joaquín Gonzáles & LÓPEZ, Eloy García (Ed.) La crisis de las fuentes del Derecho en la globalización. Ed. Díké, Medellín, Colombia, 2011, pág. 451.

mento jurídico. Contudo, é evidente, cada Estado dará um peso diverso à “doutrina” de acordo com sua cultura jurídica. Não há como medir ou avaliar qual a importância ou o peso específico que a doutrina tem para os Ministros (juízes) do Supremo Tribunal Federal no Brasil. Até o momento, desconhece-se estudo ou pesquisa com esse objetivo, o que seria, aliás, muito interessante.

O que se pode dizer é algo um pouco diferente. É relatar de uma forma um tanto quanto difusa o que se observa como advogado e professor de direito público e, com alguma pretensão de estudo, a análise de um ensaio do que poderia ser grosseiramente chamado de direito comparado. Como as decisões do Supremo Tribunal Federal, no Brasil, consideram a doutrina? Se ela é regularmente utilizada, se ela fundamenta e motiva a tomada de posições, quer seja singularmente, quer seja nos órgãos fracionários ou colegiados do Supremo Tribunal Federal.

Inicia-se por reafirmar que não se tem conhecimento de qualquer pesquisa científica sólida que enfrente o tema. Há uma sistema de indexação no Supremo Tribunal Federal que ao ser acionado aponta quais livros doutrinários foram consultados pelos Ministros (ou por seus assessores e auxiliares) para chegarem a aquelas conclusões. Mas é evidente que isso diz muito pouco. Já é alguma coisa, mas muito pouco. Tem pouco significado. Até porque de pouco vale esta informação se não analisarmos como foi feita esta citação, como o autor foi utilizado, em que contexto, se sua opinião ou entendimento foi integralmente adotado, etc.

Que doutrinas ou tendências doutrinárias, então, atualmente influenciam o Supremo Tribunal Federal? Se é que é possível fazer uma questão tão aberta e genérica como essa. A resposta será aproximativa e especulativa, pois também não se tem como medir e avaliar ou comprovar com dados estatísticos ou matemáticos quantas vezes o autor X ou a teoria Y foi utilizada pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil.

Mas aludindo a tendências dos Ministros, dos componentes do Supremo Tribunal Federal, sobretudo, na área de nossa atuação que é o direito público, pode-se dizer, com razoável acerto, que há uma influência grande de um número reduzido de autores nacionais e estrangeiros em seus julgados.

Assim, por exemplo, a doutrina alemã em geral e seus autores, como Peter Haberle⁹ tem uma forte influência no Supremo Tribunal Federal. Não há dúvida que Haberle é um nome conhecido de todos, ele, ou melhor, o seu pensamento, tem uma difusão transnacional. Assim, as estruturas, organismos e procedimentos voltados à implementação prática dos institutos por ele concebidos, em ní-

⁹ Konrad Hesse e os alemães em geral, seja em razão da influência mesmo da doutrina, seja em razão dos estudos de seus Ministros que estiveram fazendo estudos naquele país, seja em razão das obras de autores alemães traduzidos ao espanhol e ao português.

vel doutrinário, estão presentes em várias decisões. Ademais, a obra “*sociedade aberta dos intérpretes - Hermenêutica - contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*” tem sido incorporada no âmbito acadêmico e na jurisprudência de nossos tribunais.

No âmbito legislativo, a Lei 9.868/99, ao institucionalizar a figura do *amicus curiae* e das audiências públicas, comprova a influência de seu pensamento. O mesmo podemos dizer de alguns temas como o da mutação constitucional¹⁰, o Estado constitucional cooperativo, etc.

De fato, os *amici curiae* possuem, atualmente, ampla participação nas ações do controle abstrato de constitucionalidade e constituem peças importantes do processo de interpretação da Constituição no Supremo Tribunal Federal¹¹.

Ademais, permite o Supremo Tribunal Federal, por força da citada lei, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato, a requisição de informações adicionais, designação de peritos ou comissão de peritos para que emitam pareceres sobre a questão constitucional em debate e realização de audiências públicas destinadas a colher o depoimento de pessoas com experiência e autoridade nas matérias objeto de julgamento.

Assim se passou na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510-DF em que se discutiu a constitucionalidade da pesquisa científica com células-tronco embrionárias, com audiência pública com vários especialistas (pesquisadores, acadêmicos, médicos, etc), além de diversas entidades da sociedade civil, coletando um número imenso de informações e dados que levaram ao julgamento em 2008 (6X5) a favor da pesquisa científica.

¹⁰ Como exemplo de mutação constitucional confira-se o Habeas-Corpus 96772, Relator, o Min. Celso de Mello, julgado em 09/06/2009. Nele, o Relator afirma que “os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (como aquele proclamado no artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. E também afirma: que a interpretação judicial deve ser um instrumento de mutação informal da constituição, quando seja necessário compatibilizá-la mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea.” Do mesmo modo, no MS 26603, também Relator o Min. Celso de Mello, o STF novamente afirmou que “no poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de re(formulá-la), eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional”.

¹¹ Em todo o processo de controle abstrato de constitucionalidade, conforme previsão da Lei 9.882/99 que faculta ao Relator a possibilidade de ouvir as partes nos processos e ainda permite a intervenção de outros interessados no processo como *amici curiae*. Aqui parece-nos que, com algumas diferenças, há uma aproximação das práticas que já ocorrem nos EUA há algum tempo (*amicus curiae brief*), com a chamada de *experts*, por exemplo, no Tribunal Constitucional Alemão.

Audiências Públicas têm sido largamente utilizadas em diversos temas objeto das ações de competência do Supremo, como saúde, educação, ciência, envolvendo direitos fundamentais e humanos.

O observatório constitucional (MENDES & VALE, 2009) recorda que a teoria do pensamento do possível¹², de inspiração de Scheuner e Haberle também é largamente utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, como na ADI 1.289 e no RE 135.328¹³ e 147.776.

No RE 135.328 identificou-se uma lacuna constitucional que, ao outorgar a atribuição de assistência judiciária às defensorias públicas¹⁴, não ressalvou as situações jurídicas reguladas de maneira diversa no direito pré-constitucional - ausência de cláusula transitória - especialmente naquelas unidades federadas que ainda não haviam instituído os órgãos próprios de defensoria.

Reconheceu-se que a implantação da nova ordem constitucional é um *“processo, e não um fato instantâneo, no qual a possibilidade de realização da norma da constituição - ainda que teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada, subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem”*.

Já na ADIN 1.289, pareceu legítimo ao tribunal admitir que a regra constitucional continha uma lacuna: a não-regulação das situações excepcionais existentes na fase inicial de implementação do novo modelo constitucional. Não tendo a matéria sido regulada em disposição transitória, pareceu adequado ao tribunal que o próprio intérprete possa fazê-lo em consonância com o sistema constitucional. Assegurou-se em concurso para preenchimento de cargos vagos de juízes em tribunais pelo quinto constitucional dos advogados e de membros do Ministério Público, indicados em lista sextupla pelos órgãos de representação das respectivas classes. O Supremo enfrentou a questão de saber se, ante a inexistência temporária de membros do MP com mais de dez anos de carreira, poderiam concorrer a vagas em Tribunal do Trabalho outros membros que não cumprissem o mencionado requisito constitucional.

¹²Vide ADI 2.415-SP, Relator Min. Carlos Britto, STF, julgada em 22/09/2011.

¹³No RE 135328, julgado em 29/06/1994, Relator o Min. Marco Aurélio, o Tribunal Pleno, reconheceu a presença da “inconstitucionalidade progressiva”, atribuindo excepcionalmente ao Ministério Público a defesa dos necessitados, até que a Defensoria Pública se estruturasse adequadamente e pudesse responder aos processos segundo previsão constitucional.

¹⁴Órgão que tem por função essencial orientar e defender juridicamente, em todos os graus, os necessitados (artigo 134 da CF). Em decisão de 23/3/94, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de ampliar a já complexa técnica de decisão no controle de constitucionalidade, admitindo que lei que concedia prazos processuais em dobro para a Defensoria Pública era de ser considerada constitucional enquanto esses órgãos não estivessem devidamente habilitados ou estruturados. Ampliar em MENDES, Gilmar Ferreira. Controle Abstrato de Constitucionalidade, ADI, ADC e ADO, Comentários à Lei n.9868/99. Ed. Saraiva, São Paulo, 2012.

Assegurou o STF aos órgãos participantes do processo a margem de escolha necessária dentre os procuradores com tempo de serviço inferior a 10 anos, na hipótese de inexistência de candidatos que preenchessem o requisito temporal fixado.

A influência de autores clássicos do direito público e constitucional italiano também é notada no Supremo Tribunal Federal. São comuns as citações de autores que já concebemos como clássicos entre nós: Mauro Cappelletti, Vincenzo Vigoriti, Azzaritti, Mortari, Crizafulli, Bobbio, Ballardore Pallieri e, mais recentemente, Guastini, Ferrajoli, bem como outros europeus como Zagrebelsky, Habermas, dentre outros.

De outra parte, gostaríamos de fazermos breve referência ao tema da interpretação constitucional. Um dos temas centrais hoje do constitucionalismo é sem dúvida o relativo à interpretação constitucional e suas especificidades.

Ao lado dos chamados métodos clássicos de interpretação, nota-se grande influência ou, ao menos, a utilização frequente das lições dos autores contemporâneos como Robert Alexy, Ronald Dworkin, John Rawls, Cass Sustein, Robert Post (e a nova geração de filósofos norte-americanos), autores que trabalham mais amplamente o tema dos princípios e sua (“nova”?) interpretação¹⁵.

Assim, os famosos testes de ponderação e suas teorias são largamente utilizadas no Brasil e no Supremo Tribunal Federal. Do mesmo modo, é possível constatar ainda uma tímida aplicação e conhecimento de precedentes dos tribunais internacionais e supra-nacionais, como é o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelos Supremo Tribunal Federal¹⁶.

No Supremo Tribunal Federal, como em qualquer outro Tribunal de corte constitucional, a doutrina nacional e estrangeira bem como a teoria da argumentação são largamente utilizadas.

A primeira pergunta que devemos fazer é a seguinte. Decidir é uma ação humana e qualquer ação humana ocorre em uma situação comunicativa. Falar, chorar, sorrir, andar, correr são comportamentos que dizem algo a alguém. Sendo assim, podemos afirmar que o comportamento é comunicação e que é impossível não se comunicar. Até quem não se comunica, de alguma forma, “comunica que não se comunica”.

¹⁵ Não estamos analisando ou fazendo referência a toda doutrina jurídica, brasileira, portuguesa, espanhola alemã, francesa, ou mesmo norte-americana e, na América Latina, talvez a mexicana e a argentina, que também, é evidente, tem, cada uma delas, o seu peso específico na construção das decisões do Supremo Tribunal Federal.

¹⁶ A esse respeito vide: FIGUEIREDO, Marcelo. El carácter contra mayoritario del poder judicial. In: MANILL, Pablo Luis (Coord.) *Marbury vs Madison. Reflexiones sobre una sentencia bicentenaria*. Editorial Porrúa, IMDPC, México, 2011, págs 45 a 79.

A decisão, portanto, é ato de comunicação. E o que mais os juízes fazem é se comunicar, ou ao menos, passar suas mensagens normativas e argumentativas da melhor forma possível. Para isso, utilizam-se de todos os processos de argumentação que conhecemos, concentrando-se em encontrar e compreender os meios para persuadir o seu comunicador, o seu destinatário da decisão e, sobretudo, os seus pares. De fato, devido à estrutura “piramidal” do Poder Judiciário, ao menos no Brasil e em vários países, os juízes são levados a argumentar uns em relação aos outros.

O princípio da recorribilidade das decisões, de acordo com o qual as sentenças podem ser submetidas a uma instância judiciária “superior”, mantém praticamente todos os juízes conscientes de que sua decisão pode ser lida e examinada por outros operadores do direito, inclusive seus colegas, aos quais eles não deixam de se dirigir ao fundamentar suas decisões.

Com razão Leandro Ávila Ramalho e Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho (2013, p. 239)¹⁷ quando afirmam:

Os juízes, presumivelmente, preocupam-se com a opinião pública e com o julgamento que ela fará sobre suas decisões - dessa forma, sua argumentação dirige-se aos meios de comunicação, aos meios acadêmicos, às associações de classe, ao parlamento. Isso revela que o Direito, como jogo comunicativo, retórico-argumentativo, envolve mais que os chamados operadores do direito, mas engloba as diferentes instâncias em que a opinião se forja e se difunde - potencialmente, ela atinge a todos os partícipes daquela comunidade jurídica, pensada agora como comunidade linguística.

(...)

O artigo 94, inciso IX, da Constituição, que impõe a fundamentação como um dever do magistrado, como condição da validade da sentença, abre espaço para muito mais do que o registro dos raciocínios fundamentadores do magistrado, mas legitima uma atuação retórica cujo estudo tem muito a revelar sobre a natureza do Direito como prática social linguístico-comunicativa.

Dessa forma, os julgadores do Supremo Tribunal Federal usam de argumentos retóricos para persuadir os ‘verdadeiros juízes’ sobre a fundamentação dos seus votos. Verdadeiros juízes, seguindo Aristóteles, são aqueles que nos debates públicos (hoje, cada mais, sob a forma de ‘julgamentos’) pronunciam-se a respeito dos temas mais controvertidos.

¹⁷ Logos, Pathos, Ethos, Retórica na Argumentação do STF. In: COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos & MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Coord.). O STF e a Interpretação da Constituição. Ed. Forum, Belo Horizonte, 2013, pág. 239 e seguintes.

CONCLUSÃO

Sobre a utilização de jurisprudência estrangeira pelo Supremo Tribunal Federal, conclui-se por haver o uso de elementos não nacionais no exercício da jurisdição constitucional, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil, conforme já se escreveu (FIGUEIREDO, 2009, p. 57)¹⁸:

Verifica-se que o assim chamado 'novo' direito constitucional brasileiro se funda, portanto, na dupla constatação de que, após a Constituição de 1988, a redemocratização do país e a sua consequente reinstitucionalização se deram no âmbito de uma mudança de paradigma. Os pilares bem marcados desse edifício institucional são: a) a força normativa da Constituição; b) o desenvolvimento da dogmática constitucional fundada em princípios.

Nesse contexto, a antiga contraposição entre a jurisprudência dos *code based legal systems* (vinculada ao princípio da legalidade) e a jurisprudência do *judge-made Law*, está cada vez menos importante.

Parece não ser mais correta a assertiva segundo a qual existiria uma incompatibilidade visceral entre os dois sistemas. Nota-se uma certa tendência de aproximação entre o assim chamado *commow Law* e a tradição da *civil Law*.

Com a existência de um novo papel na jurisprudência brasileira onde ela parece assumir características de fonte primordial, quer atuando como modelo, quer como fonte de direito, *stricto sensu*, as a) súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal; b) as decisões do Supremo Tribunal Federal, com eficácia *erga omnes* e com efeito vinculante nas ações de controle de constitucionalidade na via concentrada; e c) a jurisprudência dominante dos tribunais (entendimento predominantes) dão uma nota peculiar à jurisprudência brasileira após as recentes reformas processuais.

De fato, após a edição da Lei nº 8.038/90, e das Leis 9.868/99 e 9.882/99, bem assim à nova redação do artigo 103- A e seus incisos da Constituição Federal, pode-se falar em renovada força do direito jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal e em todos esses casos rumorosos.

¹⁸ Notas a respeito da utilização de jurisprudência estrangeira pelo STF In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, RBEC, Belo Horizonte, Ano 3, número 12, pág. 57, outubro a dezembro de 2009.

REFERÊNCIAS

BERGEL, Jean-Louis. *Méthodes du Droit. Théorie Générale du Droit. Deuxième Edition*, Dalloz, Paris, 1989.

COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos & MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Coord.). *O STF e a Interpretação da Constituição*. Ed. Forum, Belo Horizonte, 2013.

CORREIA, Alexandre & SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano de Alexandre Correia e Gaetano Sciascia, Volume I*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1949.

FIGUEIREDO, Marcelo. Notas a respeito da utilização de jurisprudência estrangeira pelo STF In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, RBEC*, Belo Horizonte, Ano 3, número 12, outubro a dezembro de 2009.

FINE, Toni. *Introdução ao Sistema Jurídico Anglo-Americano*. WMF- Martins Fontes, SP, 2011.

IBÁÑEZ, Joaquín Gonzáles & LÓPEZ, Eloy García (Ed.) *La crisis de las fuentes del Derecho en la globalización*. Ed. Diké, Medellin, Colombia, 2011.

LEE, James (Ed.). *From House of Lords to Supreme Court: Judges, Jurists and The Process of Judging*. Oxford, 2011.

MENDES, Gilmar & VALE, André Rufino do. A influência do pensamento de Peter Häberle no STF. *Consultor Jurídico*, 10 de abril de 2009. Disponível em: www.conjur.com.br/2009-abr-10/pensamento-peter-haberle-jurisprudencia-supremo-tribunal-federal?pagina=19

NETO, Floriano de Azevedo Marques. A responsabilidade objetiva das concessionárias de serviço público, a jurisprudência do STF e o papel da doutrina, *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, maio-junho, RT, São Paulo, 2013.

QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional*. Coimbra Editora, Editora RT, São Paulo, 2009.

VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto Costituzionale Comparato. Settima Edizione, Volume I*, Padova, Cedam, 2007.

A PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A DEFESA COLETIVA EM JUÍZO: O PAPEL DAS ASSOCIAÇÕES

THE PERSON WITH DISABILITY AND DEFENSE CLASS IN COURT: THE ROLE OF ASSOCIATIONS

Flavia de Campos Pinheiro

Mestre em Direito Constitucional e doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Luiz Alberto David Araújo

Mestre, Doutor e Livre Docente em Direito Constitucional, Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Procurador Regional da República aposentado.

Resumo: O trabalho tem o propósito de analisar a tutela coletiva dos direitos das pessoas com deficiência por meio das associações, bem como a dificuldade de efetivação desses direitos. Identifica os agentes que atuam em defesa desse grupo, com o enfoque voltado às associações, analisando os desafios encontrados por essa entidade e sua efetividade no cumprimento de seu papel Constitucional.

Palavras-chave: Pessoa com deficiência; Inclusão; Associações; Proteção coletiva.

Abstract: This work aims to study the collective protection of the rights of persons with disabilities through associations, as well as the difficulty of realization of these rights. Identifies the agents that act in defense of this group, with the focus into the associations, analyzing the challenges of associations and this difficulties.

Keywords: Disability person; Inclusion; Associations; Collective protection.

Sumário: Introdução. 1. O direito à inclusão na Constituição Federal. 2. A pessoa com deficiência: a vulnerabilidade. 3. Acesso à Justiça: instrumentos coletivos de proteção. 3.1. Os entes de proteção: O Ministério Público, a Defensoria Pública e as pessoas de direito público. 3.2. As associações. 4. Efetividade da tutela coletiva das pessoas com deficiência. Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho tem por finalidade analisar a defesa coletiva das pessoas com deficiência, pelas associações. A proteção e a defesa dessas pessoas estão previstas na Constituição, por meio do direito assegurado a todos de viverem na sociedade e dela participarem em igualdade de condições. Trata-se do direito à inclusão decorrente do princípio da isonomia previsto no Texto.

Desse modo, a reflexão partirá do direito fundamental à igualdade, sem descurar da importância dos demais direitos. Lembrando que o direito sempre deve vir acompanhado da garantia de sua efetivação, serão enfatizados, também, alguns aspectos processuais da tutela das pessoas com deficiência.

Portanto, o enfoque é estudar a efetivação do direito à inclusão das pessoas com deficiência. A proposta visa a analisar de que forma a Constituição protegeu as pessoas com deficiência, de modo a incluí-las na sociedade. A preocupação estará centrada nos meios de atuação para a defesa desses direitos. Analisar-se-á como as pessoas com deficiência podem defender seus direitos, bem como analisar os instrumentos de defesa, sua efetividade e em qual oportunidade devemos ou podemos utilizar um ou outro.

1. O DIREITO À INCLUSÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Os direitos fundamentais apresentam um papel primordial na delimitação do formato atribuído ao Estado, na medida em que representam valores que devem permear a estrutura da sociedade e combater toda e qualquer forma de exclusão, promovendo a participação de todos na formação da vontade coletiva. Nesse sentido, a Constituição foi pródiga no tratamento do tema. Por meio de princípios que aparecem desde suas primeiras linhas e que permeiam todo o Texto, apresentou um novo cenário para o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais. Teve papel importante no acolhimento de diversos grupos de pessoas que se encontravam à margem da sociedade.

Por um lado, a Constituição brasileira inicia-se com a apresentação de princípios que trazem a marca da fundamentalidade (Título I). Por outro lado, reconhece, logo em seguida, no Título II, ampla carta de direitos individuais, coletivos e sociais. A reunião de todos esses valores, com conteúdo normativo e principiológico, compõe as escolhas do Estado brasileiro estabelecidas na Constituição.

Os princípios fundamentais estabelecem a linha estruturante do Estado. É o caminho que se deve seguir na organização da sociedade. Os princípios fundamentais representam os valores máximos da sociedade e devem permear todas as escolhas feitas pelo Estado. São fundamentos do Estado, objetivos, princípios

das relações internacionais. Há muitos valores no Título I da Constituição. Entretanto, vamos nos ater aos valores que levam à preocupação com a inclusão. Tais valores passam pela afirmação do princípio da igualdade, em diversos momentos do Texto. Dentre seus objetivos, o Estado brasileiro deve procurar construir uma sociedade justa e solidária, reduzir as desigualdades, promover o bem de todos. Objetivo é termo que aponta para frente, ou seja, é um ponto a ser alcançado com a prática de uma ação. No caso, estamos falando na promoção do bem de todos, na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, por meio da prática de algumas ações.

Dentre seus fundamentos, a preocupação com a dignidade da pessoa humana.

Sociedade justa, preocupação com o bem de todos, dignidade humana, tudo isso reforça a ideia de proteção de um direito fundamental: igualdade.

Reconhece-se a preocupação com a igualdade dentre os princípios fundamentais, estruturantes do Estado brasileiro. A igualdade também aparece como direito proclamado no artigo 5º, *caput*, dentre outros incisos, bem como espalhado pelo Texto Constitucional mais algumas vezes. Nota-se, portanto, a importância dada à igualdade como direito fundamental de todo ser humano.

A Constituição de 1988 foi mais protetora, proclamou os princípios norteadores do Estado, reconheceu maior número de direitos e preocupou-se com os instrumentos necessários à efetivação desses direitos.

O presente trabalho tem por finalidade reconhecer o direito de toda pessoa ou grupo de pessoas – para o estudo, um grupo específico de pessoas - de se sentir partícipe da sociedade. Tal direito decorre do princípio da igualdade.

O artigo 5º, *caput*, prevê expressamente esse direito, assim como vários de seus incisos.

O direito à igualdade apresenta dois sentidos: formal e material. A igualdade formal é autoexplicativa. Reconhecem-se oportunidades iguais para todos. A igualdade material provém da diferença, ou seja, é do reconhecimento que as pessoas são diferentes que nasce a necessidade de tratá-las de forma desigual para garantir-lhes a igualdade em sua plenitude.

Nesse aspecto, a Constituição caminhou bem: reconheceu os grupos desiguais, protegeu-os, garantindo, com isto, a concretização do princípio da isonomia. Foi além. Estabeleceu o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro e traçou objetivos voltados à construção de uma sociedade justa e promoção do bem de todos. E cuidou dos dois sentidos da igualdade, tanto a material como a formal. Reconheceu as diferenças e a necessidade de superá-las e, ao mesmo tempo, garantiu a regra formal da igualdade.

O presente trabalho cuidará de um grupo de pessoas que merecem atenção especial. Merecem cuidado por suas características e por sua vulnerabilidade. São as pessoas com deficiência. A Constituição caminhou bem em sua proteção.

A Constituição procurou garantir aos diversos grupos de indivíduos o aparelhamento necessário à efetivação de seus direitos. Proteger pessoas determinadas de forma a lhes garantir a igualdade perante todo o grupo é incluí-las na sociedade.

Houve, portanto, nítida preocupação com a inclusão como um direito fundamental.

Partindo-se para a breve e necessária apresentação do rol de direitos das pessoas com deficiência, é possível analisar a questão sob duas bases normativas: constitucional e infraconstitucional.

Por um lado, temos a Constituição da República Federativa do Brasil e a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que recebeu status de Emenda Constitucional, ao ser aprovada da forma prevista no parágrafo terceiro, do artigo quinto, da Constituição Federal. Ou seja, foi aprovada por três quintos, votada em dois turnos. Assim, temos a Constituição e a Convenção.

Sob a segunda base, temos diplomas infraconstitucionais espalhados pelo país, que complementam os grandes vetores garantidos pela primeira Constituição e Convenção da ONU. Nesse rumo, a base constitucional tem a função de estruturar direitos, relegando ao legislador ordinário a tarefa de cuidar dos detalhes. Cabe a ele esmiuçar e viabilizar as grandes linhas traçadas pelos Diplomas Maiores.

A Constituição Federal, como já apontado, traz o dever de incluir. Incluir todos os grupos, dentre eles, as pessoas com deficiência. Esse grupo de pessoas traz aspectos que necessitam de proteção e a merecem.

Conforme vimos, o princípio da igualdade aparece no Texto seja como objetivo fundamental e estruturante (e, nesse sentido, princípio fundamental), seja como direito fundamental. É norma-diretriz, que indica o caminho a ser traçado pelo Estado. É, também, princípio, com reduzida densidade semântica e alta carga valorativa, atribuindo, portanto, coerência geral ao sistema e funcionando como critério de interpretação.

A inclusão apoia-se no princípio da isonomia.

O artigo 5º, *caput* e inciso I garante a igualdade. O primeiro sentido de igualdade – formal – proíbe qualquer tipo de discriminação, garantindo às pessoas com deficiência tratamentos e oportunidades iguais as de todos. Possuem oportunidades iguais, pois fazem parte do grupo. Desse modo, são proibidas as discriminações em razão de sua deficiência. Isso não significa que em qualquer

hipótese são garantidos postos de trabalho, por exemplo. A regra é a da inclusão. Mas verificada a incapacidade em razão da deficiência, não é possível pleitear a igualdade no caso. Na dúvida, prevalece o princípio da inclusão.

Entretanto, o princípio não se limita a garantir oportunidades iguais a todos. Vai além. Nasce, então, o outro lado da igualdade, a igualdade material.

Em determinadas situações, não é suficiente proibir tratamento discriminatório. Isso porque as pessoas são diferentes, possuem características diferentes. Para atribuir-lhes tratamento igualitário, é preciso levar em conta suas diferenças. No caso das pessoas com deficiência, suas características que as diferenciam dos demais, em razão de deficiências presentes na sociedade, acabam por deixá-las à margem da sociedade. Ou seja, são pessoas que vêm sofrendo discriminações há longos anos. Há necessidade de se recompensar esses grupos vulneráveis. Essa recompensa se dá por meio do aspecto material da igualdade. É o caso das vagas reservadas, previsto no artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal. Esse comando constitucional foi projetado para a iniciativa privada, exigindo o cumprimento de quotas de vagas de empregos para pessoas com deficiência em empresas com determinado número de funcionários.

Se, por um lado, temos duas visões da igualdade, por outro, a Constituição procurou dar respostas ao reconhecimento desse duplo aspecto, estabelecendo diversas preocupações para esse grupo de pessoas: o direito à habilitação e a reabilitação, acessibilidade, direito à saúde, dentre outros. Ao lado desses direitos, encontram-se outros tantos comuns a todos, tais como direito ao trabalho, à educação, ao lazer, direito ao convívio familiar, dentre outros, sempre permeando esses direitos com o princípio da igualdade material. A Convenção da ONU sobre o Direito das Pessoas com Deficiência também foi pródiga no reconhecimento de direitos, muitas vezes especificando o que já estava garantido genericamente pelo Texto Maior.

Para tratar dos instrumentos de efetivação dos direitos das pessoas com deficiência, é necessária uma palavra sobre o conceito de pessoa com deficiência.

A Convenção inovou ao estabelecer o conceito de pessoa com deficiência, o que interferiu diretamente no direito ordinário. É importante lembrar que a Constituição Federal não conceitua pessoa com deficiência¹. Tal tarefa ficou a cargo da Convenção, que foi incorporada pela Constituição, conforme já observamos.

Assim, de acordo com a Convenção, “pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou

¹A expressão constitucional é “pessoa portadora de deficiência”, termo que entendemos, foi alterado pela Convenção, que se utiliza da expressão, “pessoa com deficiência”.

sensorial, os quais, em inteiração com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.” (artigo primeiro). O modelo médico, adotado pelo Decreto Regulamentar nº 5.296 foi superado pelo critério ambiental, tornando a questão mais efetiva e próxima à realidade. A dificuldade da pessoa com deficiência desloca-se da pessoa para o ambiente e para a sociedade.

2. A PESSOA COM DEFICIÊNCIA: A VULNERABILIDADE

Conforme mencionado, o trabalho tem por objetivo os instrumentos de defesa das pessoas com deficiência. A necessidade de cuidado e proteção desse grupo de pessoas se fundamenta em sua vulnerabilidade. Conforme já visto, essa proteção está prevista na Constituição de forma originária e também por meio da Convenção, que tem status constitucional.

A deficiência justifica uma proteção mais cuidadosa em razão da vulnerabilidade.

É importante ressaltar que o conceito de vulnerabilidade deve estar separado da ideia de minoria. Mesmo porque os dados estatísticos confirmam essa negativa. Segundo o CENSO-IBGE 2010, no Brasil, quase um quarto da população (23,9%) apresenta algum tipo de deficiência.

Vulnerabilidade está relacionada à fragilidade. Vulnerável se refere ao lado fraco de um assunto ou de uma pessoa. A vulnerabilidade fragiliza o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. De outro lado, minoria liga-se à ideia de inferioridade numérica. As minorias caracterizam-se pelos seguintes elementos: o elemento diferenciador, que é a característica que o distingue do restante da sociedade; o elemento quantitativo, que corresponde ao grupo numericamente minoritário. Ainda, as minorias possuem identidade coletiva, que pode ser étnica, religiosa etc.

Os vulneráveis representam um grupo de pessoas que, por razões diversas, têm dificuldade de acesso a bens ou serviços disponíveis à população em geral. Essas pessoas não podem exercer a cidadania em sua plenitude, pois sofrem ataques constantes em sua dignidade. São pessoas que necessitam de cuidados especiais. Desse modo, é possível afirmar que estamos nos referindo a um grupo vulnerável de pessoas.

3. ACESSO À JUSTIÇA: INSTRUMENTOS COLETIVOS DE PROTEÇÃO.

Conforme pontuado no início, o trabalho tem por finalidade analisar as formas de proteção das pessoas com deficiência previstas na Constituição. Visa-se à

análise dos instrumentos judiciais de proteção como garantia do acesso à justiça, direito de todos, sem exclusão. Com fundamento básico no inciso XXXL do artigo 5º da Constituição Federal, constitui uma das principais garantias dos direitos fundamentais. Significa que todo indivíduo tem direito de ter seus pleitos apreciados pelo Poder Judiciário. Para isso, surgem os instrumentos de proteção.

No entanto, partindo-se, novamente, do aspecto material do direito à igualdade, é preciso lembrar que estamos tratando de um grupo específico de pessoas que, por suas próprias características, necessitam de cuidados especiais. É necessário tratamento específico para efetiva proteção. Portanto, o trabalho pretende analisar uma das formas reconhecidas pela Constituição para efetivar a defesa das pessoas com deficiência. Estamos nos referindo à defesa por meio das associações.

Os pleitos podem apresentar fundamentos diversos, com feição individual coletiva ou difusa.

Um preconceito veiculado por uma propaganda comercial envolve todo o grupo, de maneira geral. Há ofensa à comunidade de pessoas, sem reconhecimento de titularidade exclusiva a alguém. Todo o grupo foi ofendido pelo ato discriminatório. O pleito geral pode, ainda, ser diferenciado em duas situações: aquela que veicula interesses difusos, como os mencionados acima. Trata-se de proteção a direitos transindividuais, titularizados por pessoas indeterminadas, ligadas por uma circunstância de fato. O grupo pode sofrer uma violência indireta, mas não é caracterizada como interesse de agir para demandar em juízo. Há, ainda, o interesse coletivo, transindividual, de natureza indivisível, mas titularizada por um grupo ou categoria (determinável) de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica, como, por exemplo, a assinatura de um contrato de adesão com o plano de saúde.

Por outro lado, pode haver uma lesão individual, quando a pessoa com deficiência tem seu direito à saúde negado pelo plano de saúde.

Dessa forma, as pessoas com deficiência podem se enquadrar em diversas categorias de interesses.

Por essa razão, é necessário verificar de que forma são protegidos os interesses desse grupo específico de pessoas.

Há uma tutela individual, uma tutela coletiva e uma tutela difusa. Há, também, agentes escolhidos para tomar algumas providências, seja em defesa do grupo, seja ao proteger o interesse do indivíduo vulnerável. São eles: o indivíduo, o representante legal da pessoa com deficiência, o Ministério Público, a Defensoria, as associações e as figuras de Direito Público Interno, previstos na Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85).

Se, por um lado, há direitos individuais em discussão, por outro, há interesses que ultrapassam o patamar individual. São direitos que atingem uma categoria de pessoas, ou mesmo toda a sociedade, sem possibilidade de tutela individual. Ou seja, a pessoa não está autorizada a ingressar em juízo individualmente. O Código de Defesa do Consumidor estabelece, no artigo 81, a possibilidade de defesa dos direitos do consumidor a título individual ou coletivo. Estabelece, em seu parágrafo único, hipóteses em que deve haver, necessariamente, a defesa coletiva. São direitos que não cabem na tutela individual, pois os efeitos do dano ultrapassam o benefício individual. A lesão sofrida não é exclusiva. É sua e também de uma categoria determinada ou indeterminada. Trata-se de direitos coletivos ou difusos, dependendo da situação fática. São exemplos de direitos das pessoas com deficiência: o direito à acessibilidade (por meio de rampas, elevadores etc.), à inclusão nas escolas.

Tanto os bens de proteção individual como os de proteção difusa e coletiva encontram guarida na Constituição. A tutela coletiva ou difusa. O reconhecimento de proteção a esse grupo constitui argumento necessário à concretização do Estado Democrático de Direito.

Serão apresentados os agentes que foram escolhidos pela Constituição Federal e pelas legislações infraconstitucionais para instrumentalizar a defesa desses direitos, tais como: o Ministério Público, a Defensoria Pública, a Administração Pública. Entretanto, o enfoque do presente trabalho se situa nas associações, verificando de que forma elas podem contribuir de forma efetiva para a defesa desses direitos.

3.1. OS ENTES DE PROTEÇÃO: O MINISTÉRIO PÚBLICO, A DEFENSORIA PÚBLICA E AS PESSOAS DE DIREITO PÚBLICO.

Um dos agentes protetores da tutela coletiva e difusa, previstos na Constituição, é o Ministério Público, cuja função está prevista no artigo 129, inciso III, da Constituição Federal. Tendo em vista que a tutela individual é mais custosa e de difícil acesso, o Ministério Público aparece como um dos legitimados para tutelar essas ações coletivas. A instrumentalização da ação coletiva e da tutela difusa propiciou uma discussão mais abrangente e igualitária do tema.

Dessa forma, determinados grupos, como as pessoas idosas com deficiência poderiam buscar proteção por meio do Ministério Público, que ingressaria em juízo em defesa de toda a coletividade. A tutela coletiva possibilitaria uma discussão mais abrangente do problema.

O Ministério Público, além do ajuizamento da ação civil pública, poderia requerer abertura de inquérito civil, para apurar situações carecedoras de esclarecimentos.

O artigo 129, III, da Constituição Federal foi complementado pela Lei nº 7.853/89, que indicou outros autores para a defesa dos interesses das pessoas com deficiência. E, com a Lei nº 80/94 e sua redação dada pela Lei nº 132/09, colocou a Defensoria Pública também como legitimada para ajuizar ação civil pública em defesa daqueles que se enquadram no artigo quinto, inciso LXXIV, da Constituição Federal².

Desse modo, temos dois grupos de agentes protetores da tutela coletiva e difusa, por força da Constituição e legislação infraconstitucional: o Ministério Público e as Defensorias Públicas.

O Poder Público também é responsável pela proteção do interesse público. O princípio fundamental que rege o Poder Público é a supremacia do interesse público sobre o particular. O interesse público está vinculado aos valores constitucionais fundamentais. Dessa forma, fica evidente a preocupação que o Estado deveria ter com a inclusão de grupos vulneráveis na sociedade como um dos aspectos da realização do interesse público. Por essa razão, a União Federal, os Estados, o Município e demais figuras foram escolhidos pela Lei da Ação Civil Pública para representar os direitos lá mencionados. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, bem como pessoas da administração indireta têm legitimidade para propor ação civil pública, nos termos dos incisos III e IV do artigo 5º da Lei nº 7347/85.

Desse modo, verificamos que a tutela difusa ou coletiva das pessoas com deficiência está espalhada entre esses três grupos de autores: Ministério Público e a Defensoria Pública, e os Poderes Públicos, tudo conforme o artigo 5º da Lei nº 7.347/85.

Outro agente de grande importância, objeto do presente trabalho, são as associações, conforme veremos. Sua importância, muitas vezes, não condizente com a falta de atuação, é refletida pelos incisos XVII a XXI, ou seja, a Constituição dependeu cinco incisos do artigo 5º para tratar de tema tão importante.

3.2. AS ASSOCIAÇÕES.

Os interesses coletivos também podem ser protegidos por uma associação. Para que a associação possa cumprir importante papel de defesa das pessoas do grupo, a tarefa deve vir especificada em seus objetivos sociais.

A associação tem importância fundamental na proteção e defesa de direitos de grupos de pessoas. Falaremos um pouco de seu formato constitucional e suas características, de modo a permitir a compreensão de seu papel, muitas vezes não captado pela sociedade.

² Inciso LXXIV, do artigo quinto, da Constituição Federal: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”

As associações possuem assento constitucional e receberam do constituinte tratamento especial. Foram-lhes reservados cinco incisos para disciplinar o tema, no artigo quinto, além de sua instrumentalização por meio do mandado de segurança coletivo, revelando seu interesse na proteção dos direitos via associação.

As associações são criadas por meio de um agrupamento voluntário de pessoas (plurissubjetividade), constituída com vista a uma finalidade comum (lícita), com a pretensão de durar no tempo (permanência), com base contratual.

A plurissubjetividade diz respeito ao elemento pessoal da associação. Contempla pluralidade de pessoas. Jean Rivero afirma que a pluralidade de participantes, somada à finalidade comum, fazem da associação uma liberdade coletiva³. A titularidade é individual, mas seu exercício é coletivo. O indivíduo, por si, tem o direito de se associar a outros, mas essa liberdade somente se efetiva após o agrupamento a outros indivíduos em busca de um objetivo comum, objetivo esse naturalmente afinado aos interesses desse grupo que se reuniu. Trata-se de um direito subjetivo cujo destinatário é a coletividade.

O elemento pessoal engloba a pluralidade de pessoas e a ideia de agrupamento, coligação. Ou seja, a associação é configurada através de uma coligação de pessoas. Agrupamento, para o dicionário Houaiss refere-se ato ou efeito de agrupar, que tem o significado de reunir em grupo⁴. Diferentemente, coligação tem a denotação de aliança de várias pessoas ou entidades com vistas a um fim comum⁵.

À luz das duas definições acima, verifica-se que a associação exige a finalidade comum à sua constituição e a ideia de reunião de pessoas se aproxima mais à coligação do que a agrupamento. O agrupamento deve ser voluntário. A ideia de voluntariedade é ínsita à própria ideia de liberdade. A pessoa escolhe ou não se associar e, caso opte pelo ingresso em determinada associação, fá-lo-á por entender que será benéfico a si próprio, e se sujeitará às condições impostas por ela. Nesse sentido, as finalidades da associação se coadunam com os fins aos quais ela busca (sejam particulares ou sociais, morais etc.).

A afirmação de que a associação é um “estado de solidariedade por similitudes” retém em si a característica da voluntariedade, uma vez que as pessoas se reúnem porque encontram um elemento similar (ou vários) entre elas que justifica a reunião. A partir dessas similitudes, nasce a vontade de se associar.

As pessoas devem se constituir em associação visando sempre a atingir uma finalidade comum.

³ RIVERO, Jean. *Les libertés publiques*. 6^{ème} ed., t. 2, Paris: Presses Universitaires de France, 1997, p. 395.

⁴ DICIONÁRIO Eletrônico Houaiss da língua portuguesa, cit., verbete: “agrupamento”.

⁵ Ibidem, verbete: “coligação”.

A associação é criada para proteger certo interesse escolhido pelo grupo de pessoas que a instituiu ou que dela faz parte. A pluralidade facilita a busca pelo alcance de seus interesses, na medida em que pessoas reunidas multiplicam esforços para trabalhar em prol desses interesses. É possível a criação de uma associação em defesa das pessoas com deficiência. Certamente, essa associação terá conhecimento das necessidades do grupo que defende e, por essa razão, buscará proteger com mais eficiência e cuidado, pois foi constituída para essa finalidade.

Portanto, é elemento da associação, vinculado ao elemento pessoal, a finalidade comum. A finalidade da associação é a defesa de interesses comuns. Seu objetivo é alcançado por meio da reunião de um número de pessoas que dividem tarefas e apresentam vontades similares e, em razão disso, são solidárias umas às outras. A finalidade da associação é a defesa de interesses comuns. A ideia central do direito de associação são os indivíduos reunirem seus recursos ou atividades para a obtenção de fins comuns, em benefício de cada qual.

Seguindo, a associação necessita de uma institucionalização jurídica, em razão de sua maior complexidade. Deve haver regras que pautem o seu andamento. Sem a característica organizacional, as atividades associativas tornam-se impraticáveis. Deve haver estruturação interna⁶, conjunto de regras adotadas para a composição e o funcionamento de certas instituições de interesse público ou privado. A Constituição não diz se as associações devem ser personalizadas. Contudo, Celso Bastos & Ives Gandra entendem que, do ponto de vista jurídico, este é um elemento imprescindível à constituição da associação, pois se não tiver capacidade jurídica para contrair obrigações e ser sujeito passivo de direitos, ela não consegue atingir suas finalidades⁷. Portanto, implicitamente reconhece-se tal direito à associação, sendo certo que a lei não pode criar exigências que obstaculizem o exercício desse direito, e o reconhecimento da personalidade não pode depender de juízo discricionário da Administração, nem qualquer requisito que venha a esvaziar seu conteúdo⁸.

É importante salientar, conforme ensina Pontes de Miranda⁹, que o agrupamento pode ocorrer sem que ocorra a reunião física. Enquanto o direito de reunião protege a “interproximidade, a convergência de pessoas”¹⁰, na associação se admite a plurissubjetividade sem necessidade de encontro físico. Nas palavras

⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo, cit., p. 263.

⁷ BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra. Op. cit., p. 96/97.

⁸ Ibidem.

⁹ PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*, cit., p. 605.

¹⁰ Pontes de Miranda utiliza-se desses termos ao referir-se à pluralidade de pessoas no direito de reunião.

do autor: “Sociedade de sábios ou de negócios pode existir sem que a reunião física se dê. Vota-se por meio de cartas, discute-se por escrito, pelo telégrafo, pelo telefone”¹¹. Essa afirmativa se potencializa, sobretudo nos dias atuais, em que os meios de comunicação permitem inter-relações e intercomunicações sem a presença física das pessoas. Cita-se, como exemplo, a comunicação via *internet* ou por meio de videoconferências.

De todas essas características, nasce a justificativa para o reconhecimento de que a associação pode se apresentar como instrumento efetivo para a defesa dos interesses de seus associados, que, no caso em tela, são as pessoas com deficiência.

Conforme foi visto, a associação busca uma finalidade comum. Dessa finalidade, surgem dois elementos: o elemento vontade, que diz respeito ao desejo de alcançá-la, e a solidariedade, na medida em que as pessoas dividem tarefas e ajudam umas às outras para a realização de seus fins. O elemento vontade e a solidariedade são importantes para se viabilizar a possibilidade de ingresso em juízo em defesa das pessoas idosas com deficiência. Conforme visto acima, a associação é um “estado de solidariedade por similitudes”. Essa expressão contém a característica da voluntariedade, uma vez que as pessoas se reúnem pois encontram um elemento similar entre elas que justifica a reunião. A partir dessas similitudes, nasce a vontade de se associar.

Por fim, a associação pretende ser duradoura no tempo. Essa estabilidade decorre de vínculos jurídicos entre seus titulares. Assim, o vínculo jurídico seria o elemento apto a demonstrar esse traço de estabilidade, pois tende a ser mais duradouro do que um vínculo de fato. A permanência vincula-se à ideia de continuidade apresenta grande importância em sua função de instrumentadora dos direitos das pessoas com deficiência. Tal característica se verifica, inclusive, como um dos requisitos para se atribuir à associação legitimidade para propor ação civil pública.

A base contratual vem ao encontro da vontade de aderir à associação. Isso porque os membros que a criaram tem liberdade para deliberar sobre seu estatuto, e o indivíduo interessado em aderir a ela utiliza-se de sua vontade para ingressar na mesma, desde que aceite os termos desse estatuto.

Por fim, a Constituição refere-se à associação com fins lícitos, ou seja, sua finalidade deve estar em consonância com o direito. Tal definição, apesar de direta, mostra-se insatisfatória, pois não basta dizer que a associação respeita uma finalidade lícita quando ela atua em consonância. É preciso ir além. Estar

¹¹ *Ibidem*, *passim*.

em consonância com o direito é, também, buscar atender aos fins propostos pelo Estado, respeitando a principiologia constitucional, os princípios fundamentais. Portanto, pela importância do tema, partimos do princípio de que se uma associação tem por finalidade defender os interesses de um grupo de pessoas com deficiência, ela não apenas desenvolve finalidade lícita, ou seja, em consonância com o direito, como vai além, promovendo o que há de mais importante para o reconhecimento de um Estado Democrático Social de Direito, baseado nos princípios fundamentais que inauguram o texto constitucional de 1988 e, por tal razão, deve ter o apoio do Estado e da sociedade.

As associações, quando expressamente autorizadas, são legitimadas a representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente. Trata-se de defesa coletiva de direitos. É o grupo defendido por uma pessoa jurídica. O resultado poderá beneficiar toda uma categoria. O direito coletivo não é apenas a somatória de direitos individuais, mas o direito da própria coletividade.

Portanto, as associações têm perfil próprio e, como decorrência de sua configuração constitucional, em consonância com seus objetivos, trazem em seu nascedouro a preocupação de se tornarem instrumentos de defesa dos direitos dos associados.

As associações, como vimos, apresentam fundamental importância na medida em que elas são constituídas para essa finalidade. Ou seja, cria-se uma associação para a defesa das pessoas com deficiência porque se reconhece a necessidade de se proteger esse grupo.

4. EFETIVIDADE DA TUTELA COLETIVA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Para o exercício do dever constitucional de proteger esse grupo de pessoas de forma efetiva, por meio da tutela coletiva, podemos apontar algumas peculiaridades necessárias: o conhecimento, a vontade de atuação e a técnica processual.

O conhecimento diz respeito ao domínio do tema. Ou seja, conhecer os problemas das pessoas com deficiência, suas limitações, suas necessidades e dificuldades, seu cotidiano. Como exemplo, podemos mencionar as dificuldades de acessibilidade, como o acesso a uma sala de aula, os problemas de saúde, dentre outros. Quais são os principais problemas de saúde que atingem essa parcela da população, quais são as necessidades que decorrem desse problema.

A segunda particularidade para a efetiva proteção processual desse grupo liga-se à vontade política de atuação. Ou seja, o interesse em defender a situação, o compromisso e a viabilidade para isso. A vontade política significa o quanto o ente legitimado para isso está engajado na defesa dessas pessoas, tanto verifi-

cando suas necessidades, realizando obras acessíveis, quanto entrando com ação em defesa dessas pessoas. Vontade política é o desejo de atuar, ingressando em juízo em defesa de determinado grupo, no caso, as pessoas com deficiência.

Por fim, o último aspecto refere-se ao conhecimento processual, ou seja, o aparelhamento jurídico, a preparação processual, os conhecimentos da ação coletiva para defender os interesses da pessoa com deficiência.

Portanto, a questão é multifacetada. Necessita de uma abordagem interdisciplinar. Quem pretender entender questões como deficiência intelectual, dificuldade de compreensão, dentre outros, deve estar preparado para conhecer os problemas desse grupo e não pode ter apenas a visão isolada do Direito. O conhecimento deve ultrapassar o plano teórico para alcançar as questões práticas, do cotidiano dessas pessoas, onde se situam as principais barreiras para a inclusão desse grupo.

A tutela efetiva de um direito inicia-se com o conhecimento e com a vivência prática. O problema precisa ser conhecido em todas as suas dimensões. São necessários conhecimentos sobre os caminhos de uma política pública específica.

Portanto, operador do Direito deve conhecer o problema e saber lidar com ele. Mas é preciso dar um passo além: é preciso estar atento à interdisciplinaridade, ou seja, colher conhecimentos de outras áreas, como da Psicologia, da Medicina, do Serviço Social, da Assistência Social, sob pena de uma atuação incompleta e estéril. É possível reconhecer a origem do problema nas próprias Faculdades de Direito.

É fundamental envolver-se com o cotidiano dessas pessoas para conhecer o problema a fundo, dar forma jurídica e viabilizar sua concretização.

Por fim, o desconhecimento processual. O processo coletivo ainda é pouco difundido no Brasil. Os cursos de Direito ainda não dão a necessária importância para a tutela coletiva ou difusa. O processo ainda apresenta um viés individual. Com o devido respeito, ainda não se desenvolveu a formação adequada para atuar em uma ação civil pública. Essa dificuldade aparece muito antes da atuação profissional, ela remonta ao ensino jurídico tradicional no Brasil. Ou seja, salvo um grupo interessado ou que teve uma formação atípica, considerando-se a média do ensino jurídico brasileiro, o profissional do Direito não se forma habilitado à defesa desse grupo de pessoas pela via coletiva. Assim, não basta ter vontade política; não basta conhecer o problema, mas é preciso, também, ter habilidade processual para tanto.

Soma-se a isso a importância em se aplicar a Constituição. Para isso, é fundamental ao jurista realizar interpretação constitucional afinada aos valores dos

princípios e buscar a efetividade dos comandos constitucionais, em essencial, os princípios fundamentais do Título I, dentre eles, promover o bem de todos.

Apresentados os três requisitos ao alcance de uma efetiva demanda judicial, verificamos que, infelizmente, o sistema não vem apresentando respostas eficazes à proteção das pessoas com deficiência. Aparecem alguns impasses para a efetivação desses direitos.

As pessoas de direito público (pessoas da Administração Direta e Indireta da União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios), na maior parte das vezes, são os maiores violadores desses direitos, seja por ação ou omissão. Ao que nos parece, o Poder Público não apresenta vontade política de ajuizar ações em defesa de um grupo cuja tutela ele mesmo não alberga. Não há vontade política em tomar qualquer providência judicial coletiva. Apesar de haver conhecimento do direito e dos problemas apresentados por esse grupo de pessoas, falta-lhes vontade política. Além disso, o problema, talvez, não tenha tratamento adequado também em razão da ausência de adequado inter-relacionamento dentro dos órgãos públicos. Não se pode afirmar que não exista conhecimento do processo coletivo. Ao contrário, há advogados públicos dedicados e de excelente formação, com conhecimento necessário para o ajuizamento e a manipulação desse tipo de demanda. Assim, os Procuradores do Município, Procuradores do Estado, advogados da União são profissionais de grande capacidade e titulares dos conhecimentos necessários. A dificuldade, portanto, reside na ausência de vontade política.

O Ministério Público e a Defensoria receberam papéis importantes da Constituição Federal. São depositários de esperanças como agentes públicos, como instrumentos desses grupos vulneráveis. Tem dever constitucional, o que vai muito além da vontade política. Portanto, nesse particular, ambas as instituições superaram a questão da vontade, chegando à obrigação, que elimina qualquer ato de escolha. Com relação ao conhecimento técnico, possuem excelente preparo para o aparelhamento da ação civil pública. O Ministério Público tem perfil e consistência para tanto. São estudiosos, trabalham com isso e conhecem o tema de forma muito ampla. Entretanto, muitas vezes, a estrutura do Ministério Público ou da Defensoria não está aparelhada com médicos, psicólogos, pessoal técnico que ajudaria na compreensão dos temas interdisciplinares, limitando-se a oficiar a um diretor de hospital, ao invés de se deslocar até lá para verificar as reais condições do local. E, há momentos, em que o membro da Instituição (qualquer uma delas) não está preparado para estudar o tema e pesquisar, buscando uma solução interdisciplinar. Nesse caso, o requisito não é cumprido e é obstáculo para a efetivação do Direito. Muitas vezes, o membro do Ministério Público não tem vocação para atuar

nessa área. Imagina que será uma função técnica, onde não deva estudar, buscar soluções, tentar uma abordagem interdisciplinar. E, mesmo que tenha todas essas características, ainda assim, encontrará obstáculos burocráticos, como falta de estrutura, excesso de trabalho, dentre outros problemas. Só deveria atuar nessa área quem estivesse realmente preparado para tanto. E, sabemos, apesar dos esforços das Instituições, apesar dos esforços de boa parte dos membros, não é sempre que isso acontece. Uma visita de um membro do Ministério Público à direção de um Hospital ou de uma Escola, para uma reunião com a direção, pode ser mais produtivo que a expedição de ofícios, onde, em regra, a atividade estaria sendo cumprida. Falta diálogo entre as partes envolvidas no processo. Esse diálogo, muitas vezes, ajudaria a compreender as questões de forma interdisciplinar, favorecendo um conhecimento mais completo do problema. Nesse particular, o membro do Parquet tem dificuldade para apreender e agir, já que não está preparado para se inteirar dos temas como deveria. Essa falta de preparo, como assinalado, pode ter como base o excesso de funções, a falta de estrutura ou a própria dificuldade em buscar um conhecimento interdisciplinar.

Com relação às associações, foco do presente trabalho, elas também apresentam dificuldades na efetivação da tutela das pessoas com deficiência, no entanto, quer-se reconhecer que os obstáculos apresentados são mais facilmente superados. Elas têm vontade política para o ajuizamento das ações, afinal, são constituídas para isso, ou seja, dentre as suas finalidades encontramos a de defender o direito do grupo. E, por força constitucional e estatutária, estão aparelhadas. Assim, é dever da associação defender judicialmente o interesse de seus associados. Tem condições de ter conhecimento específico do problema da pessoa com deficiência, em razão de sua própria finalidade e formação. São formadas por parentes de pessoas com deficiência, que tem interesse em buscar as melhores soluções para os problemas desse grupo. Os associados são pessoas interessadas na defesa de seus direitos. Conhecem os problemas pelo convívio diário e direto, propondo soluções e estando inteirados de todos os obstáculos para a efetivação da inclusão desse grupo. Elas conhecem o problema de uma forma ampla, pois estão próximas a eles. O agrupamento de pessoas em torno de uma mesma finalidade contribui para esse conhecimento específico, por meio da troca de experiências, das informações, enfim, da bagagem que cada um desses indivíduos que compõem as associações carrega em sua história.

Entretanto, as dificuldades começam a aparecer em razão da fragilidade de seu aparelhamento. As dificuldades, decorrentes, em regra, da ausência de suporte financeiro, aparecem, muitas vezes, na contratação de profissionais especializados. Normalmente, não possuem um corpo jurídico próprio, capaz de tomar as medidas judiciais necessárias, consubstanciadas em ações civis públicas. Nor-

malmente, como são formadas sem uma estrutura sólida e custosa, não têm condições de contratar um corpo jurídico próprio. E mesmo que contrate advogados, pelos fatores já explanados, poucos deles têm vivência em tutela coletiva. Ou seja, a ausência de especialidade do profissional ou a inviabilidade de sua contratação dificultam a tutela efetiva por parte das associações. É de se ressaltar, também, que as associações não têm fins lucrativos e se mantêm, fundamentalmente, de doações, o que inviabiliza sobremaneira suas atividades. Ainda, é patente, na sociedade, seu desconhecimento do papel fundamental que desenvolvem as associações em defesa de seus associados. Apesar do *status* constitucional e de seu relevo no Texto, na maior parte das vezes, as associações carecem de visibilidade perante a sociedade. Essa falta de visibilidade contribui para a dificuldade de acesso aos recursos necessários a suas atividades.

Verifica-se, portanto, que cada instituição apresenta suas dificuldades na efetivação da tutela das pessoas com deficiência. As pessoas de direito público não tem, em regra, vontade política; as associações, salvo raras exceções, não tem condições de se aparelhar para demandas judiciais com o perfil coletivo; e o Ministério Público tem dificuldade de entender o tema, diante da falta de interdisciplinaridade, apoio técnico e, em alguns casos, por falta de perfil do ocupante do cargo.

Um caminho para a solução, com enfoque nas associações, seria aparelhá-las com um grupo bem preparado de voluntários para o ajuizamento de ações coletivas, concretizando, assim, o valor da solidariedade. O trabalho pode ser feito de diversas formas, como a elaboração de pareceres e relatórios e colaboração com advogados internos, permitindo o ajuizamento da ação. É possível pensar em convênios entre associações e universidades. Grupos de estudantes, também podem colaborar para suprir essa lacuna. Por meio desses mecanismos, é possível aparelhar as associações para a utilização da tutela coletiva para a defesa de seus associados. É possível, ainda, pensar em parcerias entre as associações e o Poder Público, o Ministério Público e a Defensoria.

Talvez esse seja o caminho mais fácil de trilhar, nos dias atuais, com o propósito de se alcançar maior efetividade na proteção e defesa das pessoas com deficiência. Depende de uma aproximação entre a sociedade e as associações, que viabilizem e colaborem para o aparelhamento desse grupo. Assim, caminhamos para o exercício da cidadania, com a efetivação dos direitos constitucionalmente garantidos.

CONCLUSÃO

Dos aspectos analisados no decorrer do trabalho, é possível apresentar algumas considerações:

A Constituição Federal reconheceu de forma ampla e protetiva, o direito à inclusão das pessoas com deficiência como decorrência da concretização do aspecto material do princípio da isonomia.

2. Não basta o direito, é necessária a previsão de garantias aptas à concretização do direito. Para a efetivação de tal direito, o Texto prevê alguns institutos capazes de atuar nessa empreitada. Dentre eles, encontram-se as associações, que receberam ampla visibilidade na Constituição, embora, na prática, verifique-se sua falta de atuação.

3. Apesar do reconhecimento amplo, que se contrapõe à falta de atuação prática, é possível visualizar algumas dificuldades para a efetivação da tutela das pessoas com deficiência. Entretanto, é garantia constitucional, de grande importância, que não pode e não deve ter sua atuação reduzida. É necessário lutar por seu aparelhamento para o ajuizamento de ações coletivas, de modo a garantir a efetiva proteção das pessoas com deficiência em conseqüentemente, concretizar o princípio da igualdade pelo enfoque do direito à inclusão.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas com deficiência, 4ª. Edição, Brasília, 2011, cópia gratuita em: www.luizalbertodavidaraujo.com.br

_____. Barrados. Pessoas com deficiência sem acessibilidade. Como, o que e quanto cobrar, KBR, Petrópolis, 2011.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Serrano Vidal. Curso de Direito Constitucional. 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 2, São Paulo: Saraiva, 1989.

HOUAISS, A. (Ed). *Dicionário Eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Versão 2.0. CD-ROM. Produzido e distribuído por Editora Objetiva, Rio de Janeiro, 2006.

DUGUIT, Leon. *Traité de droit constitutionnel*. 2eme éd., t. 5eme, Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, 1925.

PINHEIRO, Flavia de Campos. O conteúdo constitucional da liberdade de associação. 2008, 207 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. 3ª ed., v. 1 e 2, t. 2, Rio de Janeiro: Guanabara, 1934.

_____. *Comentários à Constituição de 1967*. 1ª ed., t. 4 e 5, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

_____. *Comentários à Constituição de 1967 – Com a Emenda nº 1, de 1969*. 2ª ed., t. 5, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

RIVERO, Jean. Les libertés publiques. 6eme éd., t. 2, Paris: Presses Universitaires de France, 1997.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 33^a ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

A TEORIA DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E A DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA

THE THEORY OF UNDETERMINED JURIDICAL CONCEPTS AND THE TECHNICAL DISCRETION

Dinorá Adelaide Musetti Grotti

Doutora e Mestre pela PUC/SP

Professora de Direito Administrativo da PUC/SP

Ex-Procuradora do Município de São Paulo.

Resumo: Uma das grandes dificuldades do tema da discricionariedade está em distingui-la das hipóteses de simples interpretação, pois em ambas há um trabalho intelectual prévio à aplicação da lei aos casos concretos. A discussão envolve a relação entre a discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados e remete à indagação da existência, ou não, da chamada discricionariedade técnica. O objetivo deste artigo é verificar se os conceitos jurídicos indeterminados geram, ou podem gerar discricionariedade, ou se é apenas uma questão de interpretação.

Palavras-chave: Controle; Interpretação; Discricionariedade; Discricionariedade técnica; Conceitos jurídicos indeterminados.

Abstract: One of the greatest difficulties of the theme of discretion is distinguishing it from the hypothesis of simple interpretation because in both there is a previous intellectual work to the application of law in concrete cases. The discussion involves the relation between discretion and undetermined juridical concepts and refers to the questioning of the existence, or not, of the technical discretion. The objective of this paper is to analyze if the undetermined juridical concept generate, or may generate, discretion or if it is a matter of interpretation.

Keywords: Control; Interpretation; Discretion; Technical discretion; Undetermined juridical concepts.

Sumário: Introdução. 1. Conceitos jurídicos indeterminados. 2. A discricionariedade técnica. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O tema pertinente ao controle da interpretação e da discricionariedade continua a merecer uma reflexão por parte da doutrina diante das modificações do

direito administrativo brasileiro em que se observam duas tendências opostas: de um lado, a que propugna o alargamento do princípio da legalidade pela inserção dos princípios e valores na Constituição, trazendo como consequência a maior limitação à discricionariedade administrativa e a ampliação do controle judicial em assuntos tradicionalmente da alçada do administrador; e, de outro, a que, no contexto de disseminação da ideia de Administração gerencial, preconiza o alcance da eficiência por meio do reconhecimento de maior liberdade decisória aos dirigentes conjugada ao controle dos resultados e a ampliação da discricionariedade, fazendo renascer, inclusive, a ideia de discricionariedade técnica, para reduzir o controle judicial, tendo em conta o envolvimento de aspectos técnicos cuja definição compete à Administração Pública.¹

Distinguir discricionariedade das hipóteses de simples interpretação não é tarefa fácil, pois em ambas as figuras há um trabalho intelectual prévio à aplicação da lei aos casos concretos.² A discussão envolve a relação entre a discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados e remete à indagação da existência, ou não, da chamada discricionariedade técnica, que, a seguir, serão objeto de nossa análise.

1. CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Diferentes posicionamentos animam o dissídio doutrinal a propósito do tema dos conceitos jurídicos indeterminados, vagos, fluidos ou imprecisos, destacando-se:

a dos que consideram que os conceitos vagos ou imprecisos não dão margem à discricionariedade, porque apreender-lhes o sentido é operação mental puramente interpretativa da lei, que leva a uma única solução válida possível; a

¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 40-41.

² Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.124. Segundo Marçal Justen Filho, "A discricionariedade não se confunde com a atividade de interpretação da lei, ainda que ambas as figuras possam refletir uma margem de criatividade do sujeito encarregado de promover a aplicação do direito., uma contribuição criativa. A discricionariedade é um modo de construção da norma jurídica, caracterizado pela atribuição ao aplicador da competência para produzir a solução por meio de ponderação quanto às circunstâncias. Ou seja, a discricionariedade significa que a lei atribuiu ao aplicador o dever-poder de realizar a escolha. Já a interpretação corresponde a uma tarefa de reconstrução de vontade normativa estranha e alheia ao aplicador. A interpretação não é uma avaliação de conveniência formulada pelo intérprete, mas um processo de revelação legislativa. Na discricionariedade, a vontade do aplicador é legitimada pelo direito, que não impôs uma solução predeterminada ao caso concreto. A distinção é relevante em vista do controle exercitado sobre as duas atuações. A prevalência da vontade pessoal não é válida quando se trata de interpretar-aplicar a lei, enquanto a discricionariedade comporta a influência da vontade funcionalizada do agente" (*Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 233).

dos que entendem que os conceitos práticos são a única fonte de discricção, ou seja, a discricionariedade advém somente de tais conceitos;

a dos que sustentam que os conceitos fluidos podem conferir discricionariedade à Administração. Dentro dessa linha há os que afirmam a existência de discricionariedade desde que se trate de conceitos de valor, que envolvam a possibilidade de apreciação do interesse público, em cada caso concreto, afastada esta diante de certos conceitos de experiência ou de conceitos técnicos, que não admitem soluções alternativas.

No direito alemão (Tezner,³ Bühler⁴) e no direito espanhol (Fernando Sainz Moreno,⁵ Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernández⁶), encontram-se posicionamentos tendentes a afastar qualquer discricionariedade diante de conceitos jurídicos indeterminados.

No direito português encontramos a posição inicial de Afonso Rodrigues Queiró, que limita a existência da discricionariedade às hipóteses de utilização, pela lei, de conceitos práticos, para referir-se a fatos ou situações pertencentes “ao mundo do valor”.⁷

³ Cf. Afonso Rodrigues Queiró. A teoria do “desvio de poder” em Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 41-78, out./dez. 1946. p. 72.

⁴ Cf. Antonio Francisco de Sousa. *A discricionariedade administrativa*. Lisboa: Danúbio, 1987. p. 78.

⁵ Fernando Sainz Moreno. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976. p. 234.

⁶ Eduardo Garcia de Enterría; Tomás-Ramón Fernández. *Curso de direito administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 395.

⁷ Afonso Rodrigues Queiró. A teoria do “desvio de poder” em Direito Administrativo, p. 60-I, 77-8. Em um momento posterior, Queiró, em sentido oposto, conclui que: “O poder discricionário é concebido, entre nós, como uma certa margem de liberdade, concedida deliberadamente pelo legislador à Administração a fim de que esta escolha o comportamento mais adequado para a realização de um determinado fim público. O poder discricionário não se confunde, portanto, com toda e qualquer margem de precisão, ainda a mais ampla, na formulação dos comandos legais. Noutras palavras: não se confunde com os chamados conceitos vagos ou conceitos indeterminados, de que o legislador administrativo tão largamente lança mão para exprimir as suas previsões. Estes são, simplesmente, o produto da impossibilidade prática ou simples dificuldade técnica, em que o legislador frequentemente se encontra, de enunciar, com toda nitidez, com todo o rigor, quer as circunstâncias ou pressupostos de fato em que os órgãos da Administração hão de exercer a sua competência no futuro, quer as finalidades a realizar pelos órgãos da Administração - e originam, para estes órgãos, o dever de realizarem, antes de exercerem essa competência, a respectiva interpretação. Por muito que, no exercício desta tarefa interpretativa, intervenham necessariamente elementos subjetivos, por muito que a interpretação envolva elementos pessoais ou autônomos, esta liberdade interpretativa nunca poderá confundir-se com o poder discricionário da Administração. Estamos aí no domínio do poder vinculado. O poder discricionário, pelo contrário, consiste, por sua vez, numa outorga de liberdade, feita pelo legislador à Administração, numa intencional concessão do poder de escolha, ante o qual se legitima, como igualmente legais, igualmente corretas de lege lata, todas as decisões que couberem dentro da série, mais ou menos ampla, daquelas entre as quais a liberdade de ação administrativa foi pelo legislador confinada”. (Afonso Rodrigues Queiró. Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas. *Revista de Direito Ad-*

No direito italiano, e, em parte, no direito alemão, há doutrinas que aceitam certa margem de discricionariedade quando a lei emprega noções fluidas ou elásticas, que comportam apreciação pela Administração Pública, consoante determinados critérios de valor.

No direito brasileiro, a maior parte dos doutrinadores pende para esta última tendência, procurando estabelecer limites à discricionariedade, através de princípios como o do interesse público e o da razoabilidade ou proporcionalidade.⁸ Mas há os que acompanham a tese de que os conceitos jurídicos indeterminados não geram discricionariedade, pois, é possível chegar à única solução correta perante o direito pelo trabalho de interpretação jurídica que incumbe ao Judiciário.⁹

ministrativo, Rio de Janeiro, n. 97, p.1-8, 1969. p. 2).

⁸ Cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. p.117-118.

⁹ Eros Roberto Grau afirma que a discricionariedade resulta de expressa atribuição normativa à autoridade administrativa e não da circunstância de serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receberem especificações diversas os vocábulos usados nos textos normativos, dos quais resultam, por interpretação, as normas jurídicas (*O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 222). Nessa linha, Rita Tourinho observa que nos conceitos jurídicos indeterminados emprega-se norma com conceitos de valor ou experiência, que embora possam variar de acordo com o tempo e o espaço, estão sempre voltados a atingir um entendimento comum, aceito pelo meio social. O intérprete chegará a uma única solução para o caso concreto, não lhe sendo possível adotar tal ou qual conceito, guiado por uma liberdade subjetiva (A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 1, 1991. p. 325). Luis Manuel Fonseca Pires salienta que “todo e qualquer conceito jurídico – determinado ou indeterminado, e neste último caso, de experiência ou de valor – cuida-se, em última análise, de mera interpretação jurídica, pois, insistimos, o elemento subjetivo é, para nós, comum tanto na interpretação jurídica – em qualquer interpretação jurídica – quanto na discricionariedade administrativa” (*Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 97). E Lúcia Valle Figueiredo afastou a possibilidade de a discricionariedade alojar-se nos conceitos indeterminados. *In verbis*: “todo conceito é finito, e, por assim ser, há nele núcleo de certeza positiva, como também, ao contrário, há núcleo de certeza negativa (isto é, determinada coisa não pode ser), e há, ainda, zona intermediária, faixa cinzenta, diante da qual vai se colocar o problema. No primeiro momento, após a interpretação, ter-se-á ainda de verificar a subsunção, e, portanto, só depois é que se vai colocar ‘alguma’ discricionariedade. Não se deveria dizer ‘alguma’, ‘pouca’, ou ‘muita’ discricionariedade, mas, só para que se tenha uma convenção de palavras, diria ‘alguma’ parcela de discricionariedade. Vimos que, diante de determinado conceito, há, inicialmente, problema de interpretação. Interpretado o conceito, teremos subsunção. Na subsunção verificar-se-á a premissa menor, o fato; a premissa maior, a norma geral ou o conjunto de normas. Esta a grande questão, pois pode acontecer de não ser a norma suficiente e se tenha de usar premissas maiores complementares ou adicionais, exatamente para que se consiga fazer a subsunção. Note-se e enfatize-se: é possível haver apenas subsunção, mesmo diante de conceitos imprecisos, onde *tertium non datur*, consoante afirma Enterría”. E, mais adiante, sublinha: “não são os conceitos plurissignificativos hábeis a elidir o controle. De forma alguma. A existência de conceitos não unívocos não quer dizer, necessariamente, que haja competência ‘discricionária’ dentro das comportas angustas que a legalidade demarca”. (*Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 217-218 e 227).

Ante tantos critérios convém tecermos algumas ponderações a respeito da matéria, objetivando definir nossa posição.¹⁰

Preliminarmente, parece-nos que as posições extremadas, ou seja, tanto as que prelecionam que os conceitos indeterminados não conferem discricionariedade à Administração como as que ensinam que tais conceitos sempre ensejam discricionariedade, oferecem soluções por demais simplistas à complexa questão da relação entre os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade. Todas essas posturas, cada qual a seu modo, postulam uma solução unívoca que, a nosso ver, se apresenta em descompasso com a realidade. Senão vejamos.

Para Fernando Sainz Moreno existe uma potestade discricionária do ponto de vista jurídico somente quando o critério de decisão é de natureza política. Em todos os demais casos, não existe autêntica discricionariedade, no sentido de livre eleição entre várias soluções indiferentes para o Direito. Segundo o autor, os conceitos jurídicos indeterminados são expressão de critérios jurídicos, que constituem a expressão de ideias regentes da decisão administrativa – não são em nenhum caso fonte de discricionariedade, pois não produzem um vazio na norma, expressando, ao contrário disso, com maior nitidez que os conceitos determinados, a ideia nuclear que estampam.¹¹

Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernández aceitam o pensamento da moderna Escola Alemã, asseverando que os conceitos indeterminados só apresentam tal característica, considerados em abstrato e não diante dos casos concretos, isto é, por ocasião de sua aplicação, quando ganhariam consistência e univocidade. Nesse sentido, a questão suscitada por esses conceitos é meramente uma questão de interpretação, definível pelo Poder Judiciário como qualquer outra, e não de discricionariedade. Tais conceitos, ainda consoante os insignes juristas, são passíveis de ser conduzidos para a zona de certeza, onde *tertium non datur*, ou se dá ou não se dá o conceito.¹²

Creemos que tal raciocínio é válido apenas em parte: provavelmente será verdadeiro com relação a alguns casos. Mas acreditamos existirem inúmeras situações em que mais de uma inteligência será igualmente sustentável, não se podendo afirmar objetivamente que uma opinião divergente daquela que se tenha será errada ou incorreta ou que terá violado a lei, transgredido o direito. E, se é incensurável perante o direito, o administrador terá agido dentro de uma liberdade intelectual que o direito lhe possibilitava perante o caso concreto.

¹⁰ Essa matéria foi por nós anteriormente abordada no artigo Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. (*Atualidades Jurídicas*, São Paulo, v. 02, p. 103-141. 2000).

¹¹ Fernando Sainz Moreno. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. p. 317 e 347.

¹² Eduardo García de Enterría; Tomás-Ramón Fernández. *Curso de direito administrativo*. p. 395.

Com efeito, em muitas ocasiões, mesmo recorrendo-se a todos os meios para delimitar o âmbito de uma expressão vaga, exatamente porque o conceito é impreciso, a interpretação não será suficiente para afastar a indeterminação do conceito, e o administrador, como primeiro aplicador deste, poderá optar por uma entre várias condutas possíveis, desde que igualmente razoáveis.

A propósito, pode-se dizer, como Bernatzik, a respeito dos conceitos fluidos, que, na sua execução, existe “um limite além do qual nunca terceiros podem verificar a exatidão ou a não exatidão da conclusão atingida. Pode dar-se que terceiros sejam de outra opinião, mas não podem pretender que só eles estejam na verdade, e que os outros tenham uma opinião falsa”.¹³

Nessa circunstância, verificado que a Administração se firmou em uma inteligência comportada pelo conceito no caso concreto — ainda que outra também pudesse sê-lo — seu ato não poderia ser revisto por qualquer órgão controlador de legitimidade, ainda que fosse o Judiciário.

Não são outros, aliás, os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Em despeito de fatores que concorrem para delimitar o âmbito de inteligência dos conceitos imprecisos — ... seria excessivo considerar que as expressões legais que os designam, ao serem confrontados com o caso concreto, ganham, em todo e qualquer caso, densidade suficiente para autorizar a conclusão de que se dissipam por inteiro as dúvidas sobre a aplicabilidade ou não do conceito por elas recoberto. Algumas vezes isto ocorrerá. Outras não. Em inúmeras situações, mais de uma inteligência seria razoavelmente admissível, não se podendo afirmar, com vezos de senhoria da verdade, que um entendimento divergente do que se tenha será necessariamente errado, isto é, objetivamente reputável como incorreto”.¹⁴

Da mesma forma, Maria Sylvia Zanella Di Pietro não afasta a discricção dos conceitos jurídicos indeterminados, asseverando que, na hipótese de conceitos de valor (excluídos, assim, os conceitos técnicos e de experiência ou empíricos), a discricionariedade pode existir ou não, dependendo do resultado da interpretação diante do caso concreto. Pode ocorrer que, terminado o trabalho de interpretação, não se chegue a uma zona de certeza, positiva ou negativa.¹⁵

Acentua Sérgio Guerra que “a solução justa, notadamente em termos de escolha reguladora econômica e social, com a ponderação de interesses e a precau-

¹³ Edmund Bernatzik. *Rechtssprechung und materielle Rechtskraft*, 1886, p. 42 ss., apud Afonso Rodrigues Queiró. A teoria do “desvio de poder” em Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 6, p. 41-78, out./dez. 1946. p. 63.

¹⁴ *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 22.

¹⁵ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. p. 119.

pação com custos e benefícios, somente poderá existir em um plano da filosofia pura, não se sustentando diante de todos os casos concretos em que o Administrador Público precisa trabalhar com categorias econômicas e sociais na decisão a ser tomada diante de conflitos distributivos”.¹⁶

Nessa trilha não se nos afigura correta a tese de que o tema dos conceitos indeterminados é estranho ao tema da discricionariedade sob argumentação de que a apreensão do significado dos conceitos imprecisos é um ato de inteligência, e, pois, ato da alçada do Judiciário e que as decisões de mérito são atos de volição, consistentes em uma opção administrativa, segundo critérios de conveniência e oportunidade, dentre dois ou mais comportamentos igualmente admissíveis pela norma aplicanda e, portanto, os únicos a ensejarem discricionariedade.

Com efeito, da circunstância de estarmos diante de duas realidades distintas – um ato de inteligência e um ato de volição — não deflui necessariamente que tenham repercussões jurídicas diversas. No caso, aliás, não o têm; os efeitos de direito são idênticos.

Ora, se o “fenômeno” jurídico é o mesmo, não haveria razão para atribuir designações diferentes a situações com igual caracterização jurídica.

Com propriedade leciona Celso Antônio Bandeira de Mello: “Deveras, qual o préstimo jurídico, ou seja, para que serve a noção de discricionariedade, senão para referir as situações em que a Administração desfruta de uma certa liberdade, por força da qual o Judiciário não pode ir além de certos limites, tendo de reconhecer que no interior deles a atuação administrativa é incensurável e que inexistente direito subjetivo de terceiro oponível precedentemente contra o comportamento administrativo adotado? [...] Vale dizer, tais operações mentais, intelectivas ou volitivas, repercutem indiferentemente para a composição dos mesmos efeitos jurídicos que integram o que se entende por discricionariedade. Pouco importa se a liberdade que a lei proporciona para a Administração é uma liberdade intelectualiva’ ou uma ‘liberdade volitiva’, porquanto, em razão de uma ou de outra, os efeitos de direito serão idênticos...”.¹⁷ E, mais adiante, acrescenta: “Ressalte-se [...] que o Judiciário tanto interpreta a lei — para corrigir atos que desbordem das possibilidades abertas pela moldura normativa — nos casos em que se verifica se os conceitos vagos ou imprecisos foram apreendidos pela Administração dentro da significação contextual que comportavam, como quando,

¹⁶ Discricionariedade e *reflexividade*: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.428-429. Discricionariedade técnica e agências reguladoras: uma abordagem em sede doutrinária e pretoriana. In: Fábio Medeiro Osório; Marcos Juruena Villela Souto (coord.). *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 884.

¹⁷ *Discricionariedade e controle jurisdicional*. p. 25

para os mesmos fins, verifica se a opção de conveniência e oportunidade se fez sem desvio de poder, isto é, obsequiosa às finalidades da lei. Não há diferença entre uma e outra situação no que concerne à correção judicial cabível».¹⁸

Parece-nos, pois, indisputável que a discricionariedade abrange o tema da intelecção dos conceitos vagos.

Destarte, a menção a conceitos indeterminados pela lei pode ou não conduzir à atribuição de liberdade discricionária à Administração Pública. Pensamos que a solução à questão — e aí reside a dificuldade maior — só pode ser fornecida casuisticamente.

A existência de conceitos não unívocos não quer dizer, necessariamente, que haja competência discricionária dentro das comportas que a legalidade demarca. Isto porque a discricção no nível da norma não é suficiente para dizer que há discricção no caso concreto. A «admissão» de discricionariedade no plano da norma é uma possibilidade, uma condição necessária, porém não suficiente para que ocorra *in concreto*. Sua previsão na “estática” do Direito não lhe garante presença na “dinâmica” do Direito. Ou seja, uma coisa é detectar discricção em uma norma abstrata, outra é verificar se a discricção não se dilui quando da aplicação da norma ao caso concreto.

O exame das circunstâncias de fato, a finalidade normativa, a causa do ato, os princípios e valores do ordenamento, as zonas de certeza positiva e negativa dos conceitos jurídicos indeterminados e a interpretação, feita contextualmente, em regra, afunilam o caminho a ser seguido pelo administrador, de tal maneira que este possa ver-se não mais diante de um leque de opções, mas diante de uma única escolha legítima ante o caso concreto.

Só reconhecemos a discricionariedade na aplicação, pois a discricção é atribuída ao administrador para que este opte não por qualquer solução, mas, sempre, pela solução mais adequada para atender a finalidade legal, pela melhor solução para um caso concreto.

Dessa forma, o campo da discricionariedade é maior na norma de Direito, ficando reduzido quando da sua aplicação ao caso concreto, e a mais precisa forma de descobri-la ou verificar se ainda permanece, após o processo interpretativo, dá-se quando duas ou mais opiniões são igualmente sustentáveis. Neste caso temos uma dúvida que não é resolúvel em termos lógicos. E só aí é que se tem discricção, e, nestas hipóteses, a decisão do administrador haverá de ser tida como inatacável.¹⁹

¹⁸ *Discricionariedade e controle jurisdicional*. p. 27.

¹⁹ Outra não é a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, quando declara: “Segue-se que a abstrata

A dificuldade está em estabelecer todas as hipóteses em que o uso de conceitos jurídicos indeterminados envolve a existência de discricionariedade para a Administração e o critério para essa verificação.

A matéria é importante, porque se reporta à extensão do controle judicial sobre a Administração Pública.

A questão remete à indagação da existência, ou não, da chamada discricionariedade técnica, chamada por alguns de “discricionariedade imprópria”, embasada em critérios técnicos.

2. A DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA

Não há consenso sobre a utilização da expressão “discricionariedade técnica” na doutrina estrangeira e nacional. Nas palavras de Antonio Francisco de Sousa, “ a natureza e dimensão desta discricionariedade técnica varia, porém, de país para país, e mesmo dentro de cada país que a adota ela permanece obscura. Para uns, trata-se de um poder livre, para outros, de um poder vinculado mas que não é suscetível de ser controlado pelos tribunais administrativos, para outros, de um poder vinculado que deve ser, ainda que não integralmente, controlado judicialmente, para outros ainda, a sua natureza varia de caso para caso. Em suma, existe uma grande multiplicidade de opiniões em torno desta ‘discricionariedade técnica’, que tem suscitado, e continua a suscitar, inúmeros problemas de difícil resolução”.²⁰

Esta noção desenvolveu-se sobretudo na Itália a partir do início do século XX, embora sua origem seja austríaca²¹-onde a distinção entre discricionarieda-

liberdade conferida ao nível da norma não define o campo da discricionariedade administrativa do agente, pois esta, se afinal for existente (ao ser confrontada a conduta devida com o caso concreto), terá sua dimensão delimitada por este mesmo confronto, já que a variedade de soluções abertas em tese pela norma traz consigo implícita a suposição de que algumas delas serão adequadas para certos casos, outras para outra ordem de casos e assim por diante. Então, o controlador da legitimidade do ato (muito especialmente o Poder Judiciário), para cumprir sua função própria, não se poderá lavar de averiguar, caso por caso, ao lume das situações concretas que ensejaram o ato. se. à vista de cada uma daquelas específicas situações, havia ou não discricionariedade e que extensão tinha, detendo-se apenas e tão somente onde e quando estiver perante opção administrativa entre alternativas igualmente razoáveis, por ser *in concreto* incognoscível a solução perfeita para o atendimento da finalidade, isto é, do interesse consagrado pela norma”. (*Discricionariedade e controle jurisdicional*. p. 47-48).

²⁰ *A discricionariedade administrativa*. p. 307.

²¹ A expressão “discricionariedade técnica” foi pela primeira vez usada por Bernatzik, em 1884, para designar aqueles casos em que, apesar de a Administração não decidir com discricionariedade, o elevado grau de complexidade técnica envolvido justificaria a isenção de controle judicial (Edmund Bernatzik. *Rechtsprechung und materielle rechtskraft*. Viena, 1886, apud Antonio Francisco de Sousa. *A discricionariedade administrativa*. p. 76). Bernatzik sustenta que a Administração

de administrativa e discricionariedade técnica surge para resolver questões que envolvem a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados.

A visão inicial era a de utilizar a expressão “discricionariedade técnica” para designar uma decisão que, por estar livre de qualquer revisão judicial, tinha na vontade da Administração a última e irreversível palavra.

De início a doutrina italiana, como em Cammeo entende a discricionariedade administrativa propriamente dita como liberdade de decisão e capacidade de criação, enquanto na discricionariedade técnica o administrador procede conforme critérios determinados, os critérios técnico-administrativos.²² Posteriormente, em outra obra,²³ a “discricionariedade técnica” para Cammeo passa a abarcar a análise do interesse público e, portanto, não mais pode ser sindicada pelo Poder Judiciário. Quanto ao efeito jurídico, afirma que a “discricionariedade técnica” se equipara à discricionariedade pura em razão da apreciação do juízo de oportunidade.²⁴

Para Presutti, a “discricionariedade técnica se identifica com os conceitos jurídicos indeterminados, com exceção da apreciação do interesse público que é elemento da discricionariedade pura.”²⁵

De acordo com Massimo Severo Giannini, a discricionariedade técnica não advém da apreciação de qualquer tipo de conceito jurídico indeterminado, mas apenas daqueles conceitos cuja valoração requer uma apreciação conforme critérios técnicos, que fogem da experiência comum. Para Giannini, em última análise, a “discricionariedade técnica” é uma especial aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados por exigir o emprego de critérios técnicos, o que o leva a criticar como inconciliáveis as palavras “discricionariedade” e “técnica. A aplicação da discricionariedade poderá ocorrer em um momento posterior à apreciação técnica a que se remete a norma.”²⁶

age como um técnico no exercício da atividade discricionária, a qual envolve livre apreciação na busca pelo atendimento do interesse público. Assim, o controle do juiz nas questões conferidas à livre apreciação técnica do administrador seria, na verdade, o mesmo que a admissão de um “outro juízo” técnico, materialmente administrativo, por parte do órgão judiciário, isto é, a substituição de um juízo administrativo por outro, e não a admissão de um controle de direito. (Edmund Bernatzik, op. cit., p. 1-46, apud Afonso Rodrigues Queiró, O poder discricionário da administração. In: idem, *Estudos de Direito Público*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1989, v. I. p. 311)..

²² Frederico Cammeo. *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milão: Dottor Francesco Vallardi, v. I. p. 128-135.

²³ Frederico Cammeo. *Corso di diritto amministrativo*. Padova: La Litotipo, 1914. v. I. p. 403-413.

²⁴ *Ibidem*, p. 410.

²⁵ E. Presutti. *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, apud Eva Desdentado Daroca. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica: un estudio crítico de la jurisprudência*. Madrid: Civitas, 1997. p. 32-35.

²⁶ Dessa opinião, compartilham Renato Alessi (*Principi di diritto amministrativo*. Milão: Giuffrè, 1966.

Tércio Sampaio Ferraz Junior, em artigo versando sobre a função de regulação detida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, sustenta a existência de uma distinção entre a impropriamente denominada discricionariedade técnica e a discricionariedade técnica própria: “A primeira ocorre quando a lei usa conceitos que dependem de uma manifestação dos órgãos técnicos, não cabendo ao administrador senão uma única solução juridicamente válida. Nesse caso o ato, embora com base em conceitos empíricos sujeitos à interpretação técnica, é vinculado. Por exemplo, o CADE, para constatar prejuízo à concorrência de um ato de concentração, recorre a critérios técnicos, como o de barreiras à entrada. ‘Prejuízo à concorrência’ é aí um conceito indeterminado a ser interpretado tecnicamente. Já a discricionariedade técnica própria ocorre quando o administrador se louva em critérios de conveniência e oportunidade. Por exemplo, os laudos técnicos recomendam o tombamento de determinado bem pelo seu valor cultural, mas em virtude de outros critérios (segurança, finanças etc.) a autoridade opta por não realizá-lo. O que guia a decisão são conceitos que tomam sentido, renovadamente, em cada caso.”²⁷

E conclui pela configuração dos atos de aprovação ou desaprovação daqueles de concentração por esse órgão regulador como sendo impropriamente chamados de discricionariedade técnica, pois, “na verdade o CADE, ouvidas a SDE e a SEAE, com base no laudo técnico expresso pelo relator (ou pelo relator designado se o primeiro voto for vencido), toma uma decisão cujo fundamento técnico não expressa um juízo de conveniência e oportunidade, mas uma vinculação a ditames legais referentes à proteção da livre iniciativa e da livre-concorrência. Sua decisão, assim, não é ato político de governo, conforme diretrizes constitucionais e legais.”²⁸

Na obra “O direito das agências reguladoras independentes” Marçal Justen Filho aponta a distinção entre “discricionariedade técnica” e a discricionariedade administrativa, afirmando que, no exercício da discricionariedade comum, há ausência de solução predeterminada em lei conjuntamente com atribuição de autonomia para o administrador editar essa solução faltante, segundo seu juízo de conveniência, e, na chamada “discricionariedade técnica”, a lei não autoriza escolha de natureza política para o aplicador, cabendo apenas a solução disponibilizada pela ciência.²⁹

p. 244), J. A. García-Trevijano Fos (*Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1968. p. 423) e F. Sainz Moreno (*Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. p. 267 e ss.)

²⁷ Discricionariedade nas decisões do CADE sobre atos de concentração. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 4, n. 6, p. 87-89, 1997. p 88.

²⁸ *Ibidem*, p 90

²⁹ *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 525-532.

Tal silêncio legal nas hipóteses do exercício da “discricionariedade técnica” deriva: (i) da inadequação das discussões técnicas pelo Poder Legislativo, local de embates políticos e de ausência de conhecimento científico específico; (ii) da constante evolução do conhecimento científico, que acabaria tornando a lei obsoleta em espaços temporais relativamente curtos; e (iii) da inconveniência de se determinar solução genérica quando a ciência apresenta uma diversidade de soluções que devem ser escolhidas de acordo com o caso concreto. A norma legal estabelece parâmetros gerais e a Administração possuirá autonomia para solucionar a demanda de acordo apenas com critérios técnico-científicos.³⁰

Conclui que a diferenciação entre as duas discricionariedades está na margem de autonomia atribuída ao agente aplicador da lei. Enquanto na comum o aplicador avalia a situação e escolhe a solução, na técnica o agente administrativo escolhe a melhor saída de acordo com razões técnico-científicas, não exercitando seu juízo de conveniência e oportunidade. O ponto comum entre ambas encontra-se apenas na ausência de solução legal predeterminada.³¹

Destaca, porém, que o que se vê na prática é que dificilmente existirá uma única escolha técnico-científica que solucione o caso concreto. O aplicador acaba realizando, de um jeito ou de outro, um juízo de conveniência, até mesmo com a utilização de componentes políticos, para a escolha da melhor solução entre as apresentadas pela ciência. Até porque, segundo Marçal, a complexidade da realidade exige uma co-relação de ciências, teorias e conhecimentos para determinarem-se as escolhas mais próximas da finalidade pública. Exemplifica a questão com a determinação das taxas de juros pelo Banco Central: as técnicas da ciência econômica apontarão diversas soluções possíveis dentro do cenário real apresentado, mas as consequências sócio-políticas da decisão é que determinarão a escolha da taxa.³²

O conhecimento técnico poderá funcionar como instrumento de delimitação das alternativas disponíveis, mas dificilmente eliminará a pluralidade de alternativas. Haverá uma margem de escolhas, a qual propiciará um juízo de conveniência e oportunidade por parte da autoridade encarregada de promover a aplicação da norma geral. Na verdade, o autor rejeita a concepção da discricionariedade técnica como uma atuação neutra, imune a valorações e exteriorizadora de juízos objetivos derivados imediatamente do conhecimento técnico-científico. Essa fórmula não descreve adequadamente a quase totalidade das hipóteses enquadradas no conceito de discricionariedade técnica. Isso não equivale a negar a

³⁰ *O direito das agências reguladoras independentes*, p. 527.

³¹ *Ibidem*, p. 530.

³² *Ibidem*, p. 532.

existência de decisões fundadas em critérios técnicos. O que existe é a ausência de neutralidade em hipótese dessa ordem.³³

Entende Eva Desdentado Daroca que a discricionariedade técnica cuida de toda atividade da Administração regida por critérios técnicos, o que engloba a atividade de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados apoiados em conhecimentos especializados ou em experiência técnica. As apreciações técnicas são para ela³⁴ as atividades de busca de soluções a problemas práticos utilizando-se de critérios técnicos (conhecimentos especializados). Neste foco de discricionariedade técnica, como sua principal característica, afasta-se a preferência do administrador, que se prenderá a critérios de natureza científica, qualificando-a como uma atividade objetiva.³⁵

Sua proposta de sistematização baseia-se em três tipos de atividades nas quais os “critérios técnicos” têm relevância para a discricionariedade administrativa: a) na “discricionariedade técnico-administrativa” a norma faculta à Administração o poder de eleger o modo de buscar a realização do interesse público e, para fazê-lo, o administrador necessita de suporte técnico para optar entre alternativas de ação igualmente eficazes; b) o mesmo ocorre quando as bases científicas não podem ser confirmadas porque a ciência encontra-se em estado pouco avançado ou porque se cuida de uma atividade de prognose; c) há o que a Autora denomina de “discricionariedade instrumental”, que ocorre quando, diante de conceitos jurídicos indeterminados que remetem a critérios técnicos, estes não são capazes de esgotar as dificuldades para indicar a solução correta, em vista do interesse público em questão.³⁶

Nas hipóteses “a” e “b” está-se diante da “discricionariedade forte” conferida à Administração Pública na qual incidirá o controle judicial apenas para verificar se os limites do ordenamento jurídico foram observados (controle negativo).

Na hipótese “c”, não há “discricionariedade forte”, pois a norma não confere à Administração margem alguma de escolha frente ao que pareça atender, de modo mais conveniente, ao interesse público, pois este já foi estabelecido pela norma e consiste na consequência prevista com a ocorrência do suposto legalmente prescrito. Neste caso, está-se diante do que a Autora denomina “discricionariedade instrumental jurídico-técnica” ou “discricionariedade de caráter puramente instrumental”. Ressalta que, na discricionariedade instrumental jurí-

³³ *O direito das agências reguladoras independentes*. p 533.

³⁴ Eva Desdentado Daroca. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica: un estudio crítico de la jurisprudencia*. p. 61 e ss.

³⁵ *Ibidem*, p. 22.

³⁶ *Ibidem*, p. 63 e ss.

dico-técnica, os critérios técnicos, uma vez que passem a integrar o ordenamento jurídico, tornam-se parâmetros de legalidade e, portanto, sujeitos ao pleno controle judicial.³⁷ O Poder Judiciário, que não possui os conhecimentos técnicos necessários, poderá apoiar-se em prova pericial, cujo resultado será avaliado segundo as regras comuns a qualquer interpretação da atividade jurisdicional.³⁸

Partindo da sistematização desenvolvida por Eva Desdentado Daroca³⁹ e complementando-a, Cesar Augusto Guimarães Pereira⁴⁰ identifica cinco distintos fenômenos usualmente recobertos pela designação “discricionariedade técnica”, sem que, necessariamente, estejam submetidos ao mesmo regime jurídico, quais sejam:

- a) como uma suposta liberdade conferida à Administração para realizar exames e apurações técnicas e formular juízos especializados, de modo a preencher um conceito técnico referido na lei. Exemplifica com a aposentadoria por invalidez, que depende apenas de critérios médicos ou psicológicos – os quais definirão univocamente se determinada pessoa é ou não inválida – para ser concedida. Porém, nem sempre os critérios técnicos são capazes de conferir certezas inquestionáveis e, por isso, a complexidade da “discricionariedade técnica” é proporcional ao grau de dificuldade dos termos envolvidos;
- b) como denotação de escolhas administrativas relacionadas com campos especializados de conhecimento, por exemplo, a realização de um concurso público em que a comissão detém “discricionariedade técnica” para o exame das provas;
- c) como escolhas administrativas realizadas com base em apreciações técnicas, que Eva Desdentado Daroca chama de “discricionariedade técnico-administrativa”. Nesse caso há dois momentos distintos, porém sequenciais e dependentes um do outro: um momento de cognição técnica e outro de decisão administrativa. Como exemplo podem ser citadas as decisões produzidas no âmbito do direito ambiental, em face dos resultados de um EIA/RIMA, na escolha da alternativa globalmente mais adequada;

³⁷ Ibidem, p. 116 e ss.

³⁸ Eva Desdentado Daroca. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica: un estudio crítico de la jurisprudência*. p. 119, 127.

³⁹ Eva Desdentado Daroca. *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial*. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 2000. p. 137-148.

⁴⁰ Cesar Augusto Guimarães Pereira. Discricionariedade e apreciações técnicas da administração. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 231, p. 217-267, jan./mar. 2003. p. 254-256.

- d) como escolhas da Administração com base em hipóteses científicas que não tenham podido ser objeto de corroboração (ou são ainda incertas em razão do estágio em que se encontra a respectiva ciência, ou são incertas por fazerem um juízo de prognose). Sobre essa hipótese, Eva Desdentado Daroca explicita os casos em que há atividade administrativa de prognóstico – apenas aferíveis segundo métodos de estatística – ou nos quais o conhecimento científico é insuficiente, mas sempre com base em uma previsão de um acontecimento futuro e, portanto, ainda não passível de aferição.⁴¹ As decisões produzidas a partir de EIA/RIMA também se podem enquadrar neste caso, em face do princípio da prevenção e precaução;
- e) sentido processual, correspondente à suposta liberdade da Administração na atividade instrutória do processo administrativo, nos casos em que a instrução é complexa. Haveria “discricionariedade técnica” na definição de padrões de instrução. (como uma liberdade na condução de processos administrativos).

Após analisar os diferentes sentidos, Cesar A. Guimarães Pereira recusa a existência de “discricionariedade técnica” nos dois primeiros casos (*a*⁴² e *b*⁴³) porque são hipóteses de avaliações técnicas absolutamente controláveis pelo Ju-

⁴¹ *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial*. p. 146-147.

⁴² Para César Guimarães Pereira, o primeiro caso – remissão legal a conceitos técnicos – não envolve discricionariedade. O conceito técnico, empregado pela lei, é definido mediante uma apreciação técnica da Administração, de acordo com os critérios e procedimentos adequados ao campo da técnica de que se trate. Nesse caso, não há que se falar em discricionariedade. O conflito de interesses sobre o bem da vida já vem resolvido no plano da lei; a apreciação técnica da Administração interfere tão-só no preenchimento do conceito legal. O resultado da apreciação técnica da Administração é absolutamente sindicável pelo Poder Judiciário- inclusive, se for o caso, mediante o concurso de peritos. Tal como se dá com os conceitos indeterminados, a solução estará em determinar se o conceito técnico empregado na lei compõe a solução do conflito de interesses sobre o bem da vida, ou se, ao contrário, integra a atribuição de competência para que a administração resolva, ela própria, esse conflito. (*Discricionariedade e apreciações técnicas da administração*. p. 256-257).

⁴³ No segundo caso, há que se separar duas hipóteses: ou o juízo técnico próprio da Administração é formulado como parte da regulação legal do bem da vida, ou compõe a própria regulação administrativa do conflito de interesses sobre esse bem. Em ambas as situações, a Administração é chamada a formular juízo próprio acerca de áreas especializadas de conhecimento, mas com sentidos distintos.

⁰ caso da atribuição de notas técnicas em concursos é útil para o exame das várias fases envolvidas. Imagine-se que a lei atribua à Administração competência para realizar um concurso público para médicos. O conteúdo do programa do concurso será fixado mediante juízo discricionário (poderá ser mais ou menos amplo, e será controlável segundo os limites e formas de controle da discricionariedade administrativa). A elaboração das questões será objeto de juízo discricionário (controle de razoabilidade, causa etc.). Porém, a sua correção resulta de uma apreciação técnica, baseada no conhecimento médico especializado e passível de ampla revisão por parte do Poder Judiciário.

diciário; no terceiro caso (c),⁴⁴ afirma que existem dois momentos diferentes, o primeiro é um juízo técnico, o segundo um juízo administrativo discricionário que adota o primeiro como premissa; no quarto (d),⁴⁵ há realmente discricionariedade em razão da indeterminação da informação técnica, mas admite que para o Direito Ambiental esta situação resulta, por conta da incerteza, em atividade vinculada; no quinto (e),⁴⁶ refuta a discricionariedade porque não existe liberdade de escolha na condução de um processo administrativo, na produção de provas e decisões que são adotadas, mas um dever segundo os critérios estipulados em lei.

E conclui: “Os casos usualmente referidos como de “discricionariedade técnica” enquadram-se ou não na noção de apreciações técnicas da Administração – sem qualquer alusão a discricionariedade – ou são reconduzíveis a um conceito geral de discricionariedade... Não há um regime jurídico próprio da “discricionariedade técnica”, e é o que basta para reconhecer que não tem existência para o Direito. Os problemas atinentes à chamada discricionariedade técnica são resolvidos mediante a disciplina própria da discricionariedade. E as apreciações técnicas, no que têm de peculiar – remissão a um conjunto de postulados científicos não jurídicos, mas vinculantes como critérios técnicos – não guardam qualquer relação específica com a discricionariedade que pudesse justificar a manutenção da expressão “discricionariedade técnica”.⁴⁷

⁴⁴ A terceira situação anotada como “discricionariedade técnica” é aquela em que há dois momentos na decisão administrativa: primeiro, um juízo técnico; depois, um juízo administrativo discricionário, que toma o juízo técnico como premissa. Nesse caso, a separação é muito clara. O momento atinente ao juízo técnico envolve uma apreciação técnica da Administração, realizada (como no primeiro caso acima examinado) exclusivamente com base em critérios técnicos. A discricionariedade, neste caso, está na formulação de uma decisão a partir dos dados técnicos colhidos no primeiro momento. (*Discricionariedade e apreciações técnicas da administração*. p. 258-259).

⁴⁵ O quarto caso, referido acima como um sentido possível de “discricionariedade técnica”, envolve, de fato, discricionariedade. É o caso em que a Administração é chamada a agir em matérias técnicas mesmo sem poder contar com um juízo técnico conclusivo e seguro. São situações em que a Administração deve realizar condutas de prognóstico (voltadas para o futuro e baseadas em juízos estatísticos) ou em situações de conhecimento insuficiente (*Discricionariedade e apreciações técnicas da administração*. p. 259-260).

⁴⁶ O quinto caso diz respeito a juízos supostamente discricionários que a Administração formularia por ocasião da instrução do processo administrativo. Não há dúvida de que a atividade instrutória é afetada por decisões próprias da autoridade que conduz. Porém, isso não significa que a autoridade detenha autonomia ou discricionariedade, ou que seja legítimo que a autoridade submeta o resultado da instrução às suas decisões próprias. A atividade instrutória é objeto de um dever da administração, que se deve realizar segundo critérios estipulados normativamente. Não há discricionariedade para a escolha dos meios de prova, ou para definição dos fatos a serem provados.

⁴⁷ Discricionariedade e apreciações técnicas da administração. *Revista de Direito Administrativo*, n. 231. p. 265. Na mesma trilha, em análise acerca da discricionariedade técnica e as agências reguladoras, Sérgio Guerra observa: “Não se identifica no ordenamento nenhum instituto juridicamente aplicável à discricionariedade técnica como uma pseudoespécie da discricionariedade administrativa. Dessa forma, conclui-se que as entidades reguladoras independentes não gozam de uma

Mais recentemente, Flávio José Roman em sua obra *Discricionariedade técnica na regulação econômica*, faz reflexões sobre as prerrogativas da Administração Pública para regular a economia e analisa de que forma termos técnico-científicos são capazes de atribuir competência discricionária aos órgãos e agentes administrativos. Esclarece que o tema permeia uma das características principais da atividade administrativa contemporânea, que é a correlação de suas normas com diversos ramos do saber e que a discricionariedade técnica refere-se à necessidade de a Administração recorrer a outras ciências para determinar o campo semântico de um conceito legal indeterminado. Ressalta, ainda, a necessidade de um controle responsável, que se detenha na apreciação dos argumentos técnicos suscitados pela Administração a fim de evitar uma discussão sobre percepções subjetivas - opináveis, portanto - acerca da decisão que melhor atende ao interesse público. Segundo ele, um controle jurisdicional desse porte, antes de ser um fator de inibição para o desempenho da função administrativa, é um fator de aprimoramento do serviço público.⁴⁸

A verdade, porém, é que a expressão “discricionariedade técnica” foi sendo utilizada para abranger os mais variados sentidos: a) de um lado, faz presumir que todos os juízos técnicos da Administração são insindicáveis pelo Judiciário, ou que b) há uma espécie de discricionariedade que não se submete ao mesmo regime da discricionariedade administrativa; ou, ainda, c) que leva à suposição de que todas as atividades administrativas relacionadas com questões técnicas são vinculadas e excluem a discricião.

A nosso ver, diante da confusão gerada pela equivocidade da expressão “discricionariedade técnica”, da falta de especificidade do seu objeto, bem como da inexistência de regime jurídico próprio, o termo deveria ser abandonado.^{49,50}

O que existem, de fato, são conceitos jurídicos indeterminados que se reportam a elementos técnicos e científicos de outras áreas, e que geram vinculação ou

discricionariedade técnica na expedição de seus atos, e sim uma discricionariedade administrativa pura”. (Sérgio Guerra. *Discricionariedade técnica e agências reguladoras: uma abordagem em sede doutrinária e pretoriana*. In: Fábio Medeiro Osório; Marcos Juruena Villela Souto (coord.). *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. p. 900).

⁴⁸ *Discricionariedade técnica na regulação econômica*. São Paulo: Saraiva, 2013

⁴⁹ A crescente evolução tecnológica, e conseqüente tecnicização dos órgãos administrativos para o atendimento especializado das questões que lhe são submetidas fizeram ressurgir a discussão acerca da chamada discricionariedade técnica.

⁵⁰ Oswaldo Aranha Bandeira de Mello admite a distinção entre “discricionariedade pura” e discricionariedade que chama de “qualificada”, mas não recomenda o uso do termo “discricionariedade técnica”, e, sim, a consideração de que há elementos técnicos que podem ser de “natureza flexível” e outros de “caráter rígido”; aqueles facultam a discricionariedade administrativa, estes se associam a poderes vinculados.” (*Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, v. 1. p. 488).

discricionariedade, conforme o caso concreto. O controle pelo Poder Judiciário *não pode -ser afastado de qualquer atividade administrativa, ainda que se pretenda criar uma categoria insindicável denominando-a de “discricionariedade técnica”*.

Forçoso, porém, é reconhecer que, nos casos em que a Administração Pública identifica mais de uma possibilidade técnica, igualmente satisfatória, adotando uma delas por meio dos critérios de conveniência e oportunidade, estará vedado ao Poder Judiciário a anulação do ato.⁵¹

A discricionariedade técnica passou a despertar maior interesse com a criação das agências reguladoras no sistema jurídico brasileiro, às quais foi concedida a atribuição de fixar juízos de ordem técnica no âmbito de sua atuação (áreas como energia elétrica e telecomunicações), decorrendo daí a questão acerca do controle da legalidade dos atos discricionários por elas realizados. Todavia, “a chamada ‘discricionariedade técnica’ das agências não pode nem deve ser usada como obstáculo ao controle da atividade regulatória pela via judicial. Pois se é verdade que o juiz não pode se substituir ao regulador, também é verdade que a uma maior margem de discricionariedade dada aos agentes estatais no âmbito da moderna regulação estatal deve corresponder um controle mais robusto, inclusive pela via judicial”.⁵²

⁵¹ Sérgio Guerra. Discricionariedade técnica e agências reguladoras: uma abordagem em sede doutrinária e pretoriana. In: Fábio Medina Osório; Marcos Juruena Villela Souto (coord). *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 54. Gustavo Binenbojm, ao examinar o controle judicial da atividade administrativa sustenta que, ao invés de uma predefinição estática a respeito da controlabilidade judicial dos atos administrativos, como em categorias do tipo ato vinculado *versus* ato discricionário, devemos fixar critérios de uma dinâmica distributiva “funcionalmente adequada” de tarefas e responsabilidades entre a Administração e o Judiciário, que leve em conta não apenas a programação normativa do ato a ser praticado (estrutura dos enunciados normativos constitucionais, legais ou regulamentares incidentes ao caso), mas também a “específica idoneidade de cada um dos poderes em virtude da sua estrutura orgânica, legitimação democrática, meios e procedimentos de atuação, preparação técnica etc. para decidir sobre a propriedade e a intensidade da revisão jurisdicional de decisões administrativas, sobretudo das mais complexas e técnicas.”. (*Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 40-41).

Assim, nos campos em que, por sua alta complexidade técnica e dinâmica específica, falecem parâmetros objetivos para uma atuação segura do Poder Judiciário, a intensidade do controle deverá ser tendencialmente menor. Nestes casos, a experiência dos órgãos e entidades da Administração em determinada matéria poderá ser decisiva na definição da espessura do controle. Há ainda situações em que, pelas circunstâncias específicas de sua configuração, a decisão final deve ficar preferencialmente a cargo do Poder Executivo, seja por seu lastro de legitimação democrática, seja em deferência à legitimação alcançada após um procedimento amplo e efetivo de participação dos administrados na decisão. A luta contra a arbitrariedade e as imunidades do poder não se pode deixar converter em uma indesejável judicialização administrativa, meramente substitutiva da Administração, que não leva em conta a importante dimensão de especialização técnico-funcional do princípio da separação dos poderes, nem tampouco os influxos do princípio democrático sobre a atuação do Poder Executivo.

⁵² Floriano de Azevedo Marques Neto. *A. Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu*

A questão central sobre o controle judicial dos atos discricionários está exatamente no equilíbrio entre a sindicabilidade das decisões administrativas e a necessidade de garantir à Administração um campo livre de atuação visando a busca do interesse público.

CONCLUSÃO

1. A discricionariedade administrativa já há muito não é mais vista como sinônimo de arbitrariedade do Estado, sofrendo evoluções no seu conceito que permitiram uma maior intervenção e controle judicial do poder discricionário.

O conceito de discricionariedade acompanhou a evolução do princípio da legalidade, que passou a ser entendida como conformidade ao direito, adquirindo então um sentido mais extenso.

Atualmente, na medida inclusive em que aumentam as margens de discricionariedade conferidas à Administração, crescem também as hipóteses de controle. Via de consequência, os controles exercidos a partir da motivação do ato, da isonomia, da finalidade, da proporcionalidade, da razoabilidade, da eficiência apontam para a superação da barreira para a sindicabilidade do ato discricionário pelo Poder Judiciário.⁵³

2. Sem desconhecer as posições doutrinárias em sentido contrário, entendemos que o tema dos conceitos legais indeterminados não é estranho ao tema da discricionariedade e que esta não se cinge aos conceitos não unívocos. Por sua vez, nem sempre a utilização desses conceitos pela lei conduz, necessariamente, à discricionariedade perante o caso concreto. A solução à questão — e aí reside a dificuldade maior — só pode ser fornecida casuisticamente, se a interpretação se mostra insuficiente para a elucidação semântica da norma diante do caso concreto.

3. As situações fáticas que permitem a discussão sobre o tema da discricionariedade técnica, ou caracterizam simples “apreciação técnica”, ou se trata de mera discricionariedade administrativa sem um regime jurídico próprio do que, via de regra, se atribui à noção geral de competência discricionária, conforme assinalado por Cesar Augusto Guimarães Pereira.

regime jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 126.

⁵³ Floriano de Azevedo Marques Neto. Poderes da administração pública. In: Marcelo Figueiredo (coord.). *Novos rumos para o direito público: reflexões em homenagem à Professora Lúcia Valle Figueiredo*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 230

REFERÊNCIAS

- ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. Milão: Giuffrè, 1966.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, v. 1.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- CAMMEO, Frederico. *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milão: Dottor Francesco Vallardi, v. I.
- _____. *Corso di diritto amministrativo*. Padova: La Litotipo, 1914. v. I.
- DESDENTADO DAROCA, Eva. *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial*. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 2000.
- _____. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica: un estudio crítico de la jurisprudência*.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- _____. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Discricionariedade nas decisões do CADE sobre atos de concentração. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 4, n. 6, p. 87-89, 1997. p 88.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A.. *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1968.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Atualidades Jurídicas*, São Paulo, v. 02, p. 103-141. 2000.
- GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- _____. Discricionariedade técnica e agências reguladoras: uma abordagem em sede doutrinária e pretoriana. In: Fábio Medeiro Osório; Marcos Juruena Villela Souto (coord.). *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 233.
- _____. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- _____. Poderes da administração pública. In: Marcelo Figueiredo (coord.). *Novos rumos para o direito público: reflexões em homenagem à Professora Lúcia Valle Figueiredo*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NOHARA, Irene Patrícia. Conceitos jurídicos indeterminados e delimitação concreta da discricionariedade administrativa no pós-positivismo. *Revista Brasileira de Direito Público* – RBDP, Belo Horizonte, n. 41, abr./jun. 2013. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=95939>>. Acesso em: 13 abr. 2015.

PEREIRA Cesar Augusto Guimarães. Discricionariedade e apreciações técnicas da administração. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 231, p. 217-267, jan./mar. 2003.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 41-78, out./dez. 1946.

_____. Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 97, p.1-8, 1969.

ROMAN, Flávio José. *Discricionariedade técnica na regulação econômica*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976.

SOUSA, Antonio Francisco de. *A discricionariedade administrativa*. Lisboa: Danúbio, 1987.

TOURINHO, Rita A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 1, 1991.

MOBILIDADE HUMANA E FUTURO DO TRABALHO: EFEITOS DA GLOBALIZAÇÃO ^{1*}

HUMAN MOBILITY AND FUTURE OF THE LABOR: GLOBALIZATION EFFECTS

Georgenor de Sousa Franco Filho

Desembargador do Trabalho de carreira do TRT da 8ª Região, Doutor *Honoris Causa* e Professor Titular de Direito Internacional e Direito do Trabalho da Universidade da Amazônia (UNAMA), Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, Presidente Honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho.

Resumo: Este texto aborda os diversos aspectos da mobilidade humana, apreciando as mais relevantes questões relativas ao deslocamento das pessoas, interna e externamente. É dada particular ênfase aos processos de migração interna e internacional, especialmente dos trabalhadores, situando as perspectivas para as relações do trabalho dentre os efeitos que podem decorrer da globalização.

Palavras-chave: Mobilidade humana; Migração interna e internacional; Relações de trabalho; Globalização.

Abstract: This paper discusses the various aspects of human mobility, enjoying the most relevant issues related to the displacement of people, internally and externally. Particular emphasis is given to the processes of internal and international migration, especially of workers, placing the prospects for labor relations among the effects that can arise from globalization.

Keywords: Human Mobility; Internal and international migration; Labor relations; Globalization.

Sumário: Introdução. 1. As migrações humanas. 2. Formas específicas de mobilidade humana. 3. Migração interna e internacional. 3.1. Migração no Brasil. 3.2. Migração internacional. 4. Trabalho e globalização: a situação dos estrangeiros. Conclusão. Referências.

^{1*} Conferência de abertura do X Congresso Sergipano de Direito e Processo do Trabalho, promovido pela Escola Judicial do TRT da 20ª Região e AMATRA-XX, em Aracaju (SE), a 13.11.2014.

INTRODUÇÃO

O tema desta exposição destina-se a demonstrar os efeitos ou as consequências da atual globalização no mundo em que vivemos, sob dois enfoques principais: a mobilidade humana e o futuro do trabalho.

Na primeira, pretendo destacar como está se processando, nos dias correntes, a circulação de pessoas, interna e internacional, vista por diversos ângulos da convivência social. No segundo, almejo indicar alguns pontos que podem ser identificados como opções para o futuro do trabalho no mundo que, corolário da globalização, estáchegando.

Uma coisa é possível fixar, desde o início: as modificações introduzidas pela globalização atual, que vão de mudanças nos sistemas políticos, ideológicos e econômicos aos experimentos culturais, científicos e tecnológicos, são irreversíveis. No ambiente do trabalho, encontra-se a humanidade, como denominei um de meus livros, em uma *rua sem saída*², cuja direção é seguir em frente, e enfrentar, corajosamente e com confiança, as adversidades que estão sendo e continuarão a ser encontradas na expectativa de que as dificuldades sejam superadas.

Ademais, é importante, neste início, fixar que, se o número de autorizações para trabalhadores imigrantes regulares no Brasil, em 2013, foi de 62.387, menos que as 73.022 autorizações de 2012, nosso país, registra em torno sessenta mil a trezentos mil estrangeiros indocumentados³, ou seja, clandestinamente instalados. Lembremos que o Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6.815/80) está ultrapassado e que cresce a cada momento a entrada de latino-americanos (especialmente peruanos e bolivianos), africanos e chineses no território nacional, que permanecem à míngua de qualquer proteção.

Com efeito, fixadas essas diretrizes iniciais, passemos ao tema específico desta exposição.

1. AS MIGRAÇÕES HUMANAS

Existem diversas formas de se examinar o fenômeno das migrações humanas. Em síntese inicial, quando tratamos de mobilidade humana significa que estamos verificando a possibilidade de o homem se deslocar de um lugar para outro, pouco importando as condições físicas. Trata-se, ao cabo, de circulação de pessoas.

Existem diversas espécies migratórias: tribais, nacionais ou internas, internacionais, de classes ou individuais, e são diversas as suas causas: políticas, econômicas, religiosas, sociais, étnicas ou aventura.

² V. o meu *Globalização do trabalho: rua sem saída*. São Paulo: LTr, 2001

³ Cf. revista *No Mérito*. Rio de Janeiro: XIX(51): 8-9, jun.2014

Do *Homo sapiens* da África, migrando para o Oriente Próximo, de lá para o Ocidente através da Europa, e para o Leste através da Ásia, e daí para a Austrália e, posteriormente, às Américas. Assim teria começado o deslocamento do ser humano.

Hoje, costumamos situar a mobilidade humana conforme o processo migratório que se constata. Assim, a migração permite que sejam identificadas duas situações: se acontece a saída da pessoa de um local para outro, estamos diante da emigração. A entrada da mesma pessoa em outra localidade é identificada como imigração. São as formas mais conhecidas e tradicionais de mobilidade humana.

O que se constata, atualmente, é a existência de alguns tipos de mobilidade que antes já existiam, mas não atraíam a atenção dos estudiosos da forma como nos dias correntes.

Temos a mobilidade urbana, que é a condição em que se realizam os deslocamentos de pessoas e cargas no espaço urbano de uma cidade. Busca-se, através de políticas de transporte e circulação, a melhoria da acessibilidade e mobilidade das pessoas e cargas nas *urbes*, melhorando os transportes coletivos e utilizando meios alternativos que permitam inclusão social e sejam adequados ao meio ambiente, evitando tecnologias poluentes que causem danos ecológicos por vezes irreversíveis. Há cidades, especialmente na Ásia, onde é praticamente impossível a vida humana tal como costumamos ter no Brasil. Os índices poluidores são elevadíssimos e a temperatura global ascende a graus insuportáveis. Em São Paulo, *v.g.*, em outubro deste ano de 2014, alcançou 41,5°C em um dia, e caiu para menos de 18°C no dia seguinte.

Em nosso país, a Lei n. 12.587, de 2012, fixou as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, destacando-se a que prevê a integração entre as cidades gêmeas localizadas na faixa de fronteira com outros países sobre a linha divisória internacional, o que nos leva à circulação internacional de pessoas, tema que trataremos adiante.

A mobilidade social significa a mudança de posição social sem que se altere o grupo ao qual pertencemos. É a vivência do homem na sociedade, onde se constata possibilidades de troca, ascensão ou rebaixamento de uma pessoa no meio em que vive.

Esse tipo de mobilidade existiu no passado. No feudalismo, a sociedade estratificada de então possuía categorias próprias, cujos estratos eram dos clérigos, dos nobres e dos servos. Mudou essa visão na atualidade, onde passamos a adotar valores liberais e princípios democráticos.

Em algumas culturas, especialmente nas orientais, a posição social decorre da descendência familiar ou algum tipo de papel político-religioso desempenhado. Em outras, ainda há a ascendência do homem sobre a mulher, movida essa

discriminação geralmente por fatores religiosos, o que é facilmente constatável nas diversas celebrações litúrgicas orientais. Seria uma espécie de mobilidade familiar, modificável em razão de sexo.

Anoto que existe a mobilidade ascendente, representada pelo acúmulo de riqueza, apesar de, lentamente, começar a haver uma distribuição menos desigual dessa riqueza entre a população. A descendente é quando ocorre o inverso: a perda de seus recursos e seu conseqüente empobrecimento.

Essa mobilidade social pode ser também horizontal ou vertical. A primeira refere-se às alterações no *status* social, como, *v.g.*, o casamento modificando o estado civil das pessoas. A vertical, por sua vez, importa em modificar a classe social a que se pertence: alguém, desempregado e endividado, que recebe um grande prêmio em dinheiro e, de inopino, fica milionário.

Outros dois tipos migratórios são os pendulares e a transumância. As migrações pendulares não tem o caráter permanente da migração, e, portanto, delas não se trata. São deslocamentos específicos, como aqueles que se realizam entre cidades para o trabalho (da cidade dormitório para a cidade do labor); ou em períodos de viagens de férias ou de trabalho eventual. A transumância é o deslocamento temporário de uma população motivado por fatores econômicos ou sazonais, decorrentes de mudanças climáticas. É periódica e frequente no nordeste brasileiro (entre Zona da Mata e Sertão). Ademais, guarda semelhança com o refugiado ambiental, situação que está afligindo notadamente os moradores dos países insulares do Pacífico, face à elevação do nível dos oceanos e o iminente desaparecimento de suas pátrias. Tuvalu é um desses casos⁴.

2. FORMAS ESPECÍFICAS DE MOBILIDADE HUMANA

Quando se cuida de mobilidade humana, devemos recordar algumas expressões que com ela possuem muita vinculação.

Uma delas é diáspora, palavra oriunda do grego clássico que significa *dispersão*, e identifica o deslocamento, forçado ou não, de grandes populações ou grupos étnicos de uma para outras regiões. Na antiguidade, houve a diáspora dos hebreus, sobretudo após a destruição de Jerusalém em 70d.C..

O exílio, de origem latina, significa também banimento ou degredo, confundindo-se com expatriação. Existiu no Brasil colônia, significando que a pessoa é

⁴ Cf. FRANCO NETO, Georgenor de Sousa. *Os refugiados ambientais: o caso de Tuvalu*. In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade da Amazônia - UNAMA. Belém: 4(4):197-223 *passim*, 2003.

retirada, voluntária ou compulsoriamente, de seu país, a ele não podendo regressar enquanto persistirem as razões de sua retirada. No exílio encontra-se o Dalai Lama, do Tibete. Observe que não há banimento em nosso país, prática proibida pelo inciso XLVI do art. 5º da Constituição de 1988.

O direito de asilo tanto pode ser diplomático como territorial. Ambos são asilos políticos. No primeiro, originado do asilo religioso ocorrido no interior das igrejas católicas romanas e que desapareceu com o Código de Direito Canônico de 1972, apessoa perseguida encontra-se no território do Estado em que está sofrendo o constrangimento. Hoje, é concedido nos locais das missões diplomáticas, nas aeronaves e navios de guerra em serviço e nos acampamentos militares, regulados, no Direito Internacional Americano, pela Convenção de Caracas de 1954, e, em outros países, pela Convenção de Viena de 1961, que reconhece invioláveis os locais das missões diplomáticas. Nessa espécie de asilo, não há falar em mobilidade de pessoas, porquanto permanecem no mesmo local, apenas no interior de uma área sob proteção diplomática.

Diferentemente, no asilo territorial, existe o deslocamento espacial da pessoa perseguida por motivos políticos, de um país para outro. Corolário da soberania, qualquer Estado pode conceder asilo em seu território, classificando o delito praticado como entender, sem sofrer qualquer pressão externa. No Direito Internacional Americano, existe norma específica sobre o tema que é a Convenção de Caracas também de 1954. Todas, tanto as de Caracas como as de Viena (inclusive a de 1963, sobre relações consulares), foram ratificadas pelo Brasil.

Costuma-se apontar que a pessoa que goza de asilo territorial seria refugiado. É verdade, porque refugiado é o gênero, e asilado é uma espécie.

O refugiado tem tratamento muito específico no âmbito das Nações Unidas. Trata-se de uma pessoa que, perseguida por motivos de várias origens (raça, religião, nacionalidade, associação, opinião política, grupo social), com violação de seus direitos humanos fundamentais, é levada a deixar seu país de origem e a temer retornar com medo de represálias. Refugia-se, assim, em outro país que a acolhe.

Em 1950, foi criado o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (Resolução n. 428 da Assembléia Geral da ONU), com a sigla em português ACNUR, destinado a apoiar e proteger refugiados de todo o mundo, proteção que geralmente surge através de repatriação involuntária, integração da pessoa ao local de refugio e reassentamento em outro país.

A fim de proteger adequadamente os refugiados, foi aprovada, em 1951, a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, que o Brasil ratificou, com regras mínimas para proteção dessas pessoas.

3. MIGRAÇÃO INTERNA E INTERNACIONAL

3.1. MIGRAÇÃO NO BRASIL

No Brasil colônia, tivemos a vinda da mão de obra escrava da África nos séculos XVI a XIX, e muitas correntes migratórias surgiram com a abertura dos portos brasileiros às *nações amigas*, em 1808, na verdade apenas à Inglaterra.

O fluxomigratório brasileiro ao longo da história tem sido predominantemente de portugueses e espanhóis para todo o Brasil. Seguem-se italianos, japoneses e alemães, sobretudo para os Estados do Espírito Santo, São Paulo, Paraná, Santa Catarina, Pará e Rio Grande do Sul. A eles devem ser acrescentados croatas, eslavos, poloneses, russos e ucranianos.

São diversas as causas para a imigração: razões pessoais (reencontro de familiares, *v. g.*, como busca de melhores condições de vida e de trabalho), ou ideológicas em seu sentido mais amplo (perseguições por motivos políticos ou religiosos). Foram as grandes motivadoras das migrações para as Américas nos séculos XIX e XX. Nesse rol, devem ser incluídos os que sofriram discriminações e perseguições em suas terras de origem: os judeus da Europa Oriental, os armênios do antigo Império Otomano. Recebeu a América, inclusive o Brasil, correntes de palestinos, sírios e libaneses, cristãos e muçulmanos vindos em busca de melhores condições de vida e que, na maioria, se dedicaram ao comércio.

Importante marco migratório ocorreu em 1908, quando o navio *Kasato Maru* aportou no Brasil. Iniciou o ingresso dos orientais do Extremo. Primeiro, os japoneses, depois os chineses e os coreanos.

Na década de 70, tivemos uma inversão migratória. Reduziram-se os ingressos de estrangeiros no Brasil, e predominou a emigração, com ênfase para o Sul em direção a Paraguai e Uruguai, e apareceram os *brasiguaios*. Nos anos 80, a recessão econômica conduziu os brasileiros para Estados Unidos e para Japão, e, nessa leva, surgiram os *decasséguis*, os filhos e netos de japoneses que voltam temporariamente para Japão, e que, no primeiro trimestre de 2013, eram 193 mil brasileiros⁵.

No Brasil, o Código Penal dedica os arts. 206 e 207 a cuidar de mobilidade, quando evidenciada a violação de direitos humanos. Assim, o art. 206 trata de aliciamento para emigração, quando esse recrutamento é feito com fraude, destinada a levar o trabalhador para fora do Brasil. Hodiernamente, essa emigração forçada ocorre com acentuada incidência envolvendo mulheres, que são levadas à prostituição, e crianças, retiradas do convívio familiar e irregularmente adotadas no exterior. Não há agravante para esse crime.

⁵ Cf. <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-03-27/em-cinco-anos-pelo-menos-300-mil-brasileiros-que-viviam-no-exterior-retornaram-ao-brasil>. Acesso em 28.10.2014.

O art. 207 cuida da migração interna. Na letra do Código Penal, é crime aliciador de trabalhador para levá-lo para local diferente daquele onde foi recrutado, incorrendo nessa prática quem promove esse aliciamento com fraude ou cobrança de qualquer quantia do obreiro ou quando não lhe é assegurado retorno ao local de origem, típico caso do avilamento que ocorre na Amazônia brasileira. Agrava a pena quando o trabalhador vítima é menor de dezoito anos, idoso, indígena, portador de deficiência física ou mental ou se tratar de mulher gestante.

3.2. MIGRAÇÃO INTERNACIONAL

A imigração é a feita com a entrada em um país, com ânimo permanente ou temporário, para trabalho ou residência, de algumas pessoas ou de um grupo elevado.

O oposto da imigração é a emigração, que ocorre quando a pessoa deixa seu local de origem para se estabelecer em outra região ou país. São os dois lados da migração: a saída (emigração) e a entrada (imigração).

As razões das emigrações são, sobretudo, a situação política na sua origem, as crises econômicas, as perseguições ideológicas e religiosas, os conflitos armados, os problemas ambientais. Esses fatos ocasionam grandes fluxos de mobilidade humana. Mas há razões individuais: o casamento com um estrangeiro, um local de repouso após a aposentadoria, a vontade de aventuras, dentre tantos outros.

Sob o viés internacional, podemos encontrar várias espécies de imigrantes. O nômade é o que se desloca entre diversos países sem fixar residência em qualquer deles, tipo os ciganos, que, no Brasil, são em torno de oitocentos mil. Os banidos, expatriados ou exilados são deslocados compulsoriamente de seus países de origem, e desenvolvem as atividades que lhes aprouver e lhes forem permitidas em outro. Os escravos são aqueles que migram também de forma compulsória, mas para desenvolver atividades em condições humilhantes e degradantes. Os asilados são os que buscam outro país por motivo de perseguição política. Os refugiados, às vezes confundidos com os asilados, mas que se deslocam temporariamente em razão de guerras ou por motivos ambientais, e não apenas por questões políticas. Os deportados são os estrangeiros que se encontram em condições irregulares em outro país.

Do século XVI até metade do século XX, nenhum país recebeu mais imigrantes que os Estados Unidos, valendo lembrar que, em 1997, estimava-se o ingresso de 2,5 milhões de imigrantes mexicanos, existindo atualmente número superior a cinco milhões. O movimento migratório igualmente é intenso na Europa. Cerca

de quatro a oito milhões de imigrantes ilegais estão na União Europeia, buscando melhores salários e provocando problemas de desemprego entre os nacionais locais, em decorrência do incremento da concorrência nos países de destino: mais mão de obra, embora menos qualificada, a custo mais barato.

A Europa, que, no passado, foi aberta a imigrantes, passa por processo de restrições de ingresso, sobretudo nos Países Baixos, França, Alemanha e Reino Unido, não se aplicando as leis restritivas que têm sido aprovadas aos nacionais comunitários a fim de não vulnerar as regras de livre circulação de pessoas adotadas na União Europeia. É que o ingresso elevado de estrangeiros na Europa poderá criar, a médio e longo prazos, sérios problemas tanto no que respeita a saúde, higiene e segurança, como com relação ao crescimento elevado de trabalho informal, gerando dificuldades para os sistemas assistencial e previdenciário (insuficiência no atendimento médico-hospitalar e crise nas aposentadorias futuras) e redução de recolhimento de tributos (inexistência de trabalhadores regulares).

Está vigendo na Europa a chamada Diretiva do Retorno, aprovada pelo Parlamento de Estrasburgo a 18.6.2008, harmonizando as regras referentes à repatriação de imigrantes ilegais, considerada desumana pelo rigor com que trata os estrangeiros irregulares.

A solução para os problemas dos trabalhadores estrangeiros migrantes pode estar na Convenção de Nova York sobre a proteção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias, adotada pela Resolução 45/158, da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 18.12.1990. Lamentavelmente, porém, poucos Estados a ratificaram. No Brasil, somente pela Mensagem Presidencial n. 696, de 13.12.2010, foi encaminhada para apreciação do Congresso Nacional e nosso país ainda não se inclui nesse rol, deixando os migrantes que aqui ingressam ao sabor das autoridades do momento e da boa vontade da sociedade.

4. TRABALHO E GLOBALIZAÇÃO: A SITUAÇÃO DOS ESTRANGEIROS

Fixados esses parâmetros, quanto às diversas formas de mobilidade humana, resulta que esse deslocamento ocasiona consequências no que se refere ao trabalho. Hoje bastante, e amanhã muito mais, não se poderá continuar a insistir na preservação do mercado de trabalho para os nacionais e no fechamento das fronteiras para os trabalhadores vindos de outros países.

As questões são graves. Graças à globalização e às novas tecnologias, cresceu o consumismo, passou-se a se produzir em série, exigimos mais especialidade dos

profissionais, melhor acabamento dos produtos, mais agilidade no fornecimento, todos passamos a exigir o melhor e não um melhor.

As facilidades de deslocamentos são muitas. As rodovias e ferroviárias (a Europa movimentou-se principalmente por ferrovias) melhoraram de qualidade e de quantidade. Os vagões *Maria Fumaça* cederam lugar a trens-bala que, em poucos minutos, transportam milhares de pessoas de um local para o outro. As passagens aéreas estão, em todo o mundo, a um custo bastante acessível. Assim, existe mais facilidade de locomoção e, corolário, de *mudar de ares*.

Ademais, independentemente das formas de deslocamento, é certo que o homem, por seu espírito naturalmente aventureiro, sai em busca de novas oportunidades. Ninguém pode dizer que a Internet facilita informações sobre trabalho em outros países, e, graças a esse instrumento, o padrão médio de vida das pessoas aumentou razoavelmente.

Hoje, existem mais de duzentos milhões de migrantes no mundo, como observado por Sylvie Mazzella⁶. Essa socióloga refere ao transnacionalismo que é o conjunto de processos que os migrantes constroem nos campos sociais ligando seu país de origem a seu país de acolhimento⁷. Inclua-se, neste aspecto, a inserção de costumes e tradições da terra distante que o migrante naturalmente conserva no novo destino.

Nos Estados Unidos, 1/3 dos empregos mais qualificados estão com migrantes⁸. Ademais, são preocupantes os aumentos verificados nas estatísticas de crimes nos países aonde chegam mais estrangeiros, geralmente tentando, sem conseguir, melhores condições de vida.

Acresce um fenômeno facilmente constatável, decorrente, de um lado, dos grandes fluxos migratórios internos e externos e, de outro, de um desenvolvimento desorganizado e danoso ao meio ambiente. Vive-se, e desde o final do século XX, o fenômeno da pauperização urbana nas grandes cidades dos países industrializados, como anota François Mancebo, da Universidade de Reims⁹ (2013, p. 19), e que se confunde com a metropolização da pobreza, de que falou Viviani Forrester¹⁰.

As estatísticas mais recentes são assustadoras. O trabalho forçado no mundo cresce aceleradamente: aproximadamente 21 milhões de pessoas são vítimas

⁶ MAZZELLA, Sylvie. *Sociologie des migrations*. Paris: Presses Universitaires de France, 2014, p. 14.

⁷ MAZZELLA, S.. *Idem*, p. 22.

⁸ KEELEY, Brian. *Les migrations internationales: le visage humain de la mondialisation*. Trad, Emmanuel Dalmanesche. Paris: OCDE, 2009, p. 14.

⁹ MANCEBO, François. *Développement durable*. 2^a ed., Paris: Armand Colin, 2013, p. 19.

¹⁰ FORRESTER, Viviani. *Horror econômico*. Trad. Álvaro Lorencini. São Paulo: Unesp, 1997.

desse tipo odioso de atividade, e, o pior, uma quarta parte, algo em torno de 5,5 milhões, são menores de dezoito anos ¹¹. Alguns desses milhões são imigrantes.

A questão se torna mais grave quando se constata, como Sylvie Mazzella, que não existe um regime internacional de migrações¹²(2014, p. 37), daí os dramas humanos enfrentados por migrantes que, chegam a outro lugar, desconhecendo a linguagem, os costumes, o modo de viver, sem acesso a educação e a saúde, sem transporte, segurança e moradia, com doenças e com fome. São assustadores os índices de fome no mundo: veja-se na África e não será preciso andar muito para ver em nossos países mesmo. Nos semáforos de qualquer cidade brasileira é comum crianças pedirem comida. Há mais: as políticas assistencialistas não resolvem para o futuro, apenas minoram as carências do presente; a ameaça da desregulamentação dos direitos sociais preocupa o trabalhador desprotegido; as transnacionais buscam os países subdesenvolvidos e empregam mão-de-obra local, retribuindo-a indignamente (veja-se as denúncias da Organização Internacional do Trabalho de exploração do trabalho humano na Ásia); no Brasil, o FGTS serve para garantir a certeza da insegurança no emprego e não se presta para efetivamente garantir tempo, recursos ou o posto de trabalho.

Na área trabalhista, a Europa vive com mais frequência o fenômeno da deslocalização internacional, mas nada impede que se cogite da deslocalização interna, como tenho sustentado desde 2013 ¹³. Deslocalização significa a possibilidade de um trabalhador, que que era empregado de uma dada empresa que o dispensou regularmente, *deslocalizar-sede* uma região para outra, onde é novamente contratado pela mesma empresa para exercer atividade semelhante, porém com menos direitos que os que possuía anteriormente, operando-se, então, sua *re-localização*. Em circunstância que tal, o trabalhador não pode sofrer nenhuma espécie de prejuízos, donde as regras que eram aplicadas no contrato anterior sobreviverão na nova relação jurídico-trabalhista estabelecida. É tema recente no Brasil e que precisa ser amiudadamente examinado.

A tudo se acresça os novos tipos de trabalho. Há o *e-commerce*, e as compras passaram a ser, em grande parte, virtuais, movimentando, sobretudo à noite, muitos e muitos milhões de dólares. Compra-se e vende-se literalmente tudo e em qualquer parte do mundo pela Internet. Existem os *call-centers* e rara a pessoa que nunca foi chamada por alguém para receber a proposta de algum serviço,

¹¹ Cf. *Trabajo (número especial)*. Genebra: OIT, 2014. p. 14.

¹² MAZZELLA, S.. *Ob cit.*, p. 37.

¹³ É o que defendemos em *Deslocalização internacional e interna*. Revista LTr. Legislação do Trabalho, São Paulo: v. 77, pp. 154ss, 2013; Jornal Trabalhista Consulex, Brasília: v. 30, pp. 4-8, 2013; Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, Belém: v. 91, p. 39-47, 2013, dentre outras.

por vezes indesejável. O tele-trabalho está aí para todos e são muitos milhões de tele-trabalhadores em todo mundo. A educação a distância (EAD), antes coisa inimaginável, é comum, em todos os graus de ensino, do fundamental à pós-graduação *stricto sensu*¹⁴. E muitas outras coisas virão e é certo que não existe aventureiro algum neste mundo que, em sã consciência, possa afirmar, com absoluta segurança, para *onde caminha a humanidade*.

CONCLUSÃO

Por fim, devo destacar três pontos fundamentais, intimamente ligados e indispensáveis à garantia dos direitos humanos do migrante.

Primeiro, afastar definitivamente o espectro da xenofobia. As noções de fronteira não existem mais da forma absoluta do passado. Hoje, as facilidades de locomoção impedem o ódio ao estranho.

Segundo, esquecer a discriminação que ainda é imposta ao estrangeiro. Trata-se de um ser humano, e que, por razões extremamente diversas, achegou-se até um grupo diferente do seu, não havendo motivo razoável para tratá-lo de forma indigna, cruel, desumana ou degradante, afastando por corolário, qualquer espécie de racismo.

Terceiro, e certamente de todos é o mais grave e preocupante problema. Valho-me da lição do geógrafo brasileiro Rafael Haesbaert da Costa, que, discorrendo sobre *O mito da desterritorialização*, analisa alarmantes questões *do fim dos territórios à multiterritorialidade*, e conclui:

Na verdade, seria mais correto afirmar que o grande dilema deste novo século será o da desigualdade entre as múltiplas velocidades, ritmos e níveis de des-re-territorialização, especialmente aquela entre a minoria que tem pleno acesso e usufrui dos territórios-rede capitalistas globais que asseguram sua multiterritorialidade, e a massa ou os 'aglomerados' crescentes de pessoas que vivem na mais precária territorialização ou, em outras palavras, mais incisivas, na mais violenta exclusão e/ou reclusão sócio espacial¹⁵ (2011, p. 372).

Esse exercício de convivência entre os homens, iniciado na pré-história e que continuará até o final dos tempos, impede que o ódio vença o amor, a agressão vença o carinho, a discriminação vença a igualdade, os homens destruam-se a si

¹⁴ Acerca da aplicação das modernas tecnologias, especificamente sobre o *podcast*, v. FRANCO, Carolina M. dos S. de S.. *As possibilidades do podcast como ferramenta midiática na educação*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2008.

¹⁵ HAESBAERT DA COSTA, Rogério. *O mito da desterritorialização: do 'fim dos territórios' à multiterritorialização*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Bertrand, 2011, p. 372.

mesmo. Ainda é tempo de acreditar que apaz aproximará os seres humanos e a felicidade, pregada desde os filósofos gregos, trará a realização da humanidade.

HaïbaOuaisi, Doutor pela Universidade Paris II, discorrendo sobre a renovação ou a revolução do futuro do trabalho, destacou que, em poucos anos, as relações e o ambiente de trabalho terão mudado de dimensão e vai-se trabalhar tanto dentro como fora da empresa com o desenvolvimento do mundo virtual, dentro e fora das fronteiras com a divisão global do trabalho, com e para além da formação adquirida por um primeiro emprego¹⁶(2014, p. 13).

Esta é uma verdade que precisamos estar preparados para enfrentar, ainda que nossa visão de futuro não passe do dia de hoje e o amanhã represente apenas uma expectativa distante.

REFERÊNCIAS

- FORRESTER, Viviani. *Horror econômico*. Trad. Álvaro Lorencini. São Paulo: Unesp, 1997.
- FRANCO, Carolina M. S. S.. *As possibilidades do podcast como ferramenta midiática na educação*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2008.
- FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Globalização do trabalho: rua sem saída*. São Paulo: LTr, 2001.
- _____. *Deslocalização internacional e interna*. Revista LTr. Legislação do Trabalho, São Paulo: v. 77, pp. 154ss, 2013; Jornal Trabalhista Consulex, Brasília: v. 30, pp. 4-8, 2013; Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, Belém: v. 91, p. 39-47, 2013.
- FRANCO NETO, Georgenor de Sousa. *Os refugiados ambientais: o caso de Tuvalu*. In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade da Amazônia - UNAMA. Belém:4(4):197-223, 2003.
- HAESBAERT DA COSTA, Rogério. *O mito da desterritorialização: do 'fim dos territórios' à multiterritorialização*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Bertrand, 2011.
- KEELEY, Brian. *Les migrations internationales: levisage humain de la mondialisation*. Trad, Emmanuel Dalmanesche. Paris: OCDE, 2009.
- MANCEBO, François. *Développement durable*. 2ª ed., Paris: Armand Colin, 2013
- MAZZELLA, Sylvie. *Sociologie des migrations*. Paris: Presses Universitaires de France, 2014.
- OUAISSI, Haïba. *Le travail de demain: rénovation ou révolution?*. Paris: Lextenso, 2014.

¹⁶ OUAISSI, Haïba. *Le travail de demain: rénovation ou révolution?*. Paris: Lextenso, 2014, p. 13.

LINHA EDITORIAL

FOCO E ESCOPO

Destinada à difusão do conhecimento científico e ao fortalecimento e aprofundamento dos vínculos entre acadêmicos, docentes e pesquisadores, a *Revista Direito UFMS* se encontra permanentemente aberta ao recebimento de trabalhos científicos com as mais diversas abordagens teóricas, práticas e metodológicas, inclusive interdisciplinares, que se enquadram no eixo temático *Direitos Humanos e Fundamentais*. Nesse sentido, o periódico científico aceita contribuições que identificam tais direitos e a maneira pela qual se materializam, que enfrentam as noções de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania, democracia e justiça social, bem como tecem análises sobre os mais diversos mecanismos jurídicos, sociais e políticos de garantia desses direitos nos planos internacional e interno.

SUBMISSÃO

Os trabalhos são recebidos em fluxo contínuo e devem ser encaminhados pelo endereço eletrônico <http://seer.ufms.br/index.php/revdir>.

FORMATAÇÃO

Os **artigos científicos**, sem a identificação do (s) autor (es), devem obedecer às normas da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas) e deverão possuir os seguintes requisitos: a) Título em português e inglês: centralizado na página, letra maiúscula (caixa alta), negrito; b) Resumo de até 500 palavras em português e inglês: espaço simples, fonte 12, justificado; c) 03 (três) a 05 (cinco) palavras-chave em português e inglês, separadas por ponto e vírgula; d) Sumário (Introdução, desenvolvimento, conclusão e referências), com elementos numerados em algarismos arábicos, com exceção da introdução, conclusão e referências, que não devem vir numeradas; e) Número de laudas: 15 a 25 páginas; f) Os artigos

devem ser digitados em: - Editor de texto: Microsoft Word - Formato: A4 (21,0 x 29,7 cm), posição vertical - Fonte: Times New Roman - Tamanho: 12 - Alinhamento: Justificado, sem separação de sílabas - Espaçamento entre linhas: 1,5 cm - Parágrafo: 1,25 cm - Margens: Superior e esquerda -3 cm; Inferior e direita -2 cm; g) As referências às obras citadas devem seguir o sistema de referência numérica em nota de rodapé em fonte tamanho 10. h) As transcrições com até 03 (três) linhas, no corpo do artigo, devem ser encerradas entre aspas duplas. Transcrições com mais de 03 (três) linhas devem ser destacadas com recuo de 4 cm da margem esquerda, com fonte 11 e sem aspas; i) Ao final do texto, nas Referências deverão constar, exclusivamente, as obras citadas no artigo, uniformizadas, seguindo as normas vigentes da ABNT. As **resenhas críticas**, sem identificação do (s) autor (es) devem conter: a) Entre 02 a 10 laudas; b) Título e subtítulo (= artigo); c) As resenhas devem ser digitadas em: - Editor de texto: Microsoft Word - Formato: A4 (21,0 x 29,7 cm), posição vertical - Fonte: Times New Roman - Tamanho: 12 - Alinhamento: Justificado, sem separação de sílabas - Espaçamento entre linhas: 1,5 cm - Parágrafo: 1,25 cm - Margens: Superior e esquerda -3 cm; Inferior e direita -2 cm; d) A referência bibliográfica do material resenhado deve ser apresentada antes do texto da resenha; e) O corpo do texto deverá ser iniciado três linhas abaixo da referência bibliográfica do material resenhado; f) Os demais textos citados na resenha deverão aparecer em referência completa ao final da mesma e devem atender aos padrões da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas).

AValiação

Todos os trabalhos submetidos são avaliados, em primeiro lugar, pelo editor, que examina a adequação do trabalho à linha editorial da revista, aspectos formais e metodológicos elementares, entre outros, considerando, ainda, o espaço

disponível para publicação. Após essa etapa, o texto é enviado a, no mínimo, dois pareceristas, pelo sistema *double blind peer review*, que garante a privacidade do (s) autor (es) e avaliadores, para que sejam analisados a sua forma e conteúdo, de acordo com os critérios previamente estabelecidos pelo Conselho Científico, e emitido o parecer a ser disponibilizado ao (s) autor (es) do trabalho. Importa destacar que os avaliadores da *Revista Direito UFMS* são doutores e docentes de diversas instituições e regiões do Brasil e exterior. Nesse sentido, no processo de avaliação, os comentários e sugestões são

enviados aos autores com vistas ao aprimoramento contínuo dos trabalhos acadêmicos e à adequação aos padrões exigidos pela revista.

DIREITOS AUTORAIS

Os trabalhos submetidos à publicação na *Revista Direito UFMS* devem ser inéditos e não devem estar sendo considerados em outro periódico. Os direitos autorais dos artigos e resenhas aceitas são cedidos à revista, que se reserva o direito de efetuar alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão e estilo da revista.