

# O Estado Constitucional Cooperativo e o Jus-Universalismo da Constituição Portuguesa<sup>1</sup>

Jorge Miranda\*

## I

1. É para mim uma imensa honra presidir à sessão do encerramento deste Congresso internacional em homenagem a Peter Häberle.

Mas, antes de lhe dar a palavra, permitam-se fazer um brevíssimo excursão sobre aquilo a que tenho chamado o jus-universalismo da Constituição portuguesa de 1976, vendo-o na perspetiva do Direito Constitucional Cooperativo – um dos temas nobres trazidos pelo nosso homenageado.

Estado constitucional cooperativo e, se quiser, também inter e transconstitucionalismo. Não constitucionalismo global (só que não posso agora justificar esta minha postura).

## 2. Citando palavras de Perter Häberle <sup>2</sup>

Estado Constitucional Cooperativo” é o Estado que justamente encontra a sua identidade também no Direito Internacional, no entrelaçamento das relações internacionais e supranacionais, na percepção da cooperação e responsabilidade internacional, assim como no campo da solidariedade. Ele corresponde, com isso, à necessidade internacional de políticas de paz.

O Estado Constitucional Cooperativo é a resposta *interna* do Estado Constitucional ocidental livre e democrático à *mudança* no Direito Internacional e ao seu desafio que levou a formas de cooperação.

O Estado Constitucional aberto somente pode existir, a longo prazo, como Estado cooperativo, ou não é um Estado ‘Constitucional’. Abertura para fora se chama cooperação.

Hoje o Estado Constitucional e o Direito Internacional transformam-se *em conjunto*. O Direito Constitucional não começa onde cessa o Direito Internacional. Também é válido o contrário, ou seja, o Direito Internacional não termina onde começa o Direito Constitucional.

<sup>1</sup> Nota: Originalmente publicado na *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. LIV, nºs 1 e 2. Coimbra Editora, 2013.

\* Professor Catedrático da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

<sup>2</sup> *Der Kooperative Verfassungsstaat*, na tradução para português, publicada no Brasil, *Estado Constitucional Cooperativo*, por Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk (Rio de Janeiro, 2007), págs. 4 e 10 e segs.

Os cruzamentos e as ações recíprocas são por demais intensivas para que se dê a esta forma externa de complementariedade uma idéia exata. O resultado é o “Direito comum de cooperação.

O Estado Constitucional Cooperativo não conhece alternativas de uma ‘primazia’ do Direito Constitucional ou do Direito Internacional; ele considera tão seriamente o observado efeito recíproco entre as relações externas ou Direito Internacional, e a ordem constitucional interna (nacional), que partes do Direito Internacional e do direito constitucional interno crescem juntas num *todo*.”

### 3. Agora, Portugal.

Depois de muitos anos de incompreensão e de isolamento perante as grandes transformações do mundo e de hostilidade contra as Nações Unidas – os anos do regime autoritário findo em 1974, há quarenta anos – Portugal reabriu-se à comunidade internacional e retomou a tradição ecuménica de fraternidade entre os povos que haviam marcado os momentos mais altos da sua história.

Conforme consta do texto constitucional de 1976 (após sucessivas revisões):

Portugal rege-se nas relações internacionais pelos princípios da independência nacional, do respeito dos direitos do homem, dos direitos dos povos, da igualdade entre os Estados, da solução pacífica dos conflitos internacionais, da não ingerência nos assuntos internos dos outros Estados e da cooperação com todos os outros povos para a emancipação e o progresso da humanidade (art. 7º, nº 1) <sup>3</sup>;

Portugal preconiza o estabelecimento de um sistema de segurança coletiva, com vista à criação de uma ordem internacional capaz de assegurar a paz e a justiça nas relações entre os povos (art. 7º, nº 2);

Portugal reconhece o direito dos povos à autodeterminação e independência a ao desenvolvimento (art. 7º, nº 3);

Portugal mantém laços privilegiados de amizade e cooperação com os países de língua portuguesa (art. 7º, nº 4);

Portugal empenha-se no reforço da identidade europeia e no fortalecimento da ação dos Estados europeus a favor da democracia, da paz, do progresso económico e da justiça nas relações entre os povos (art.7º, nº 5);

Portugal pode, em condições de reciprocidade, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de Direito democrático e pelo

<sup>3</sup> Sobre o art. 7º da Constituição, *cf.* por todos J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. I, 4º ed., Coimbra: 2010, págs 239 e segs; JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS. *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2ª ed. Coimbra, págs 148 e segs.

princípio da subsidiariedade e tendo em vista a realização da coesão económica, social e territorial, de um espaço de liberdade, segurança e justiça e a definição e a execução de uma política externa, de segurança e de defesa comum, convencionar o exercício, em comum, em cooperação ou pelas instituições da União, dos poderes necessários à construção e aprofundamento da união europeia (art. 7º, nº 6);

Portugal pode, tendo em vista a realização de uma justiça internacional que promova o respeito pelos direitos da pessoa humana e dos povos, aceitar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nas condições de complementaridade e demais termos estabelecidos no Estatuto de Roma (art. 7º, n 7) 4;

Incumbe ao Estado, em cooperação com todos os agentes culturais, desenvolver as relações culturais com todos os povos, especialmente os de língua portuguesa [art. 78, nº 2, alínea d)];

Uma das incumbências do Estado no âmbito económico-social é desenvolver as relações económicas com todos os povos [art. 81, alínea j)].

Por outro lado:

As normas e os princípios de Direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do Direito português (art.8º, nº 1);

As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português (art. 8º, nº 2);

As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram diretamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos (art. 8º, nº 3);

As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático (art. 8º, nº 4);

Prevalece na doutrina e na jurisprudência a supremacia do Direito internacional sobre o Direito ordinário

<sup>4</sup> *Cfr. Curso de Direito Internacional Público*, 5ª ed. Parede, 2012, págs. 334 e segs., e *Manual de Direito Constitucional*, II, 7ª ed. Coimbra, págs. 49-50.

interno<sup>5</sup> e a lei orgânica do Tribunal Constitucional explicita o poder os tribunais em geral, com recurso para o Tribunal Constitucional, de recusarem, a aplicação de ato legislativo com fundamento na sua contrariedade com uma convenção internacional [art. 70º, nº 1, alínea i)];

O princípio da legalidade criminal não impede a punição, nos limites da lei interna, de ação ou omissão que, no momento da sua prática, seja considerada criminosa segundo os princípios gerais do Direito internacional comumente reconhecidos (ar. 29º, nº 2).

#### 4. Não menos claro vem a ser o sistema de direitos fundamentais:

Os estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal gozam, salvo exceções contadas, dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão português (art. 15º, nºs 1 e 2);

Aos cidadãos dos Estados de língua portuguesa com residência permanente em Portugal são reconhecidos, nos termos da lei e em condições de reciprocidade, direitos não conferidos a estrangeiros, salvo o 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 (art. 15º, nº 3);

A lei pode atribuir a estrangeiros residentes no território nacional, em condições de reciprocidade, capacidade eleitoral activa e passiva para a eleição dos titulares de órgãos de autarquias locais (art. 15º, nº 4);

A lei pode ainda atribuir, em condições de reciprocidade, aos cidadãos dos Estados-membros da União Europeia residentes em Portugal o direito de elegerem e serem eleitos Deputados ao Parlamento Europeu (art. 15º, nº 5);

Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros não apenas constantes da lei como das regras aplicáveis de Direito internacional (art. 16º, nº 1);

Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 16º, nº 2);

É garantido o direito de asilo aos estrangeiros e aos apátridas perseguidos ou gravemente ameaçados de perseguição, em consequência da sua atividade em favor da democracia, da

<sup>5</sup> Cfr. JORGE MIRANDA. *Curso...*, cit. págs. 170 e segs., e Autores citados.

libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana (art. 33º, nº 8) e a lei define o estatuto de refugiado político (art. 33º, nº 9);

A expulsão de quem tenha entrado ou permaneça regularmente em território nacional, de quem tenha obtido autorização de residência ou de quem tenha apresentado pedido de asilo não recusado só pode ser determinada por autoridade judicial, assegurando a lei formas expeditas de decisão (art. 33º, nº 2);

Sem prejuízo das normas de cooperação judiciária penal no âmbito da União Europeia, só é admitida a extradição por crime a que corresponda, segundo o Direito do Estado requisitante, pena ou medida de segurança privativa ou restritiva de liberdade com carácter perpétuo ou de duração indefinida, se, nesse domínio, o Estado requisitante for parte de convenção internacional a que Portugal esteja vinculado e oferecer garantias de que tal pena ou medida de segurança não será aplicada ou executada (art. 33º, nºs 4 e 5);

Não é admitida a extradição, nem a entrega, a qualquer título, por motivos políticos ou por crime a que corresponda, segundo o Direito do Estado requisitante, pena de morte ou outra de que resulte lesão irreversível da integridade física (art. 33º, nº 6);

A extradição só pode ser determinada por autoridade judicial (art. 33º, nº 7).

5. Uma Constituição jus-universalista, portanto ou, como diria Peter Häberle, um Estado Constitucional Cooperativo assim se apresenta o Portugal de hoje.

Uma consideração mais atenta requer, entretanto, a referência à Declaração Universal – até pela novidade (ou relativa novidade) que representou em 1976.

6. As circunstâncias políticas anteriores a 1974 e as imediatamente posteriores levaram a que tanto nas primeiras declarações revolucionárias de 1974 como na Assembleia Constituinte se tomasse a Declaração Universal dos Direitos do Homem como elemento fulcral da legitimidade encarnada no novo Direito constitucional português e daí o há pouco citado art. 16º, nº 2, da Constituição de 1976<sup>6</sup>.

Este art. 16º, nº 2, não envolve uma receção material. Não sujeita os artigos ou proposições da Declaração Universal aos quadros da Constituição; conjuga, sim, a Constituição com a Declaração Universal no domínio dos direitos fundamentais, fazendo-a participar e depender do seu espírito numa necessária harmonia valorativa. É uma norma de receção formal.

<sup>6</sup> V. *Diário*, nºs 13, 30, 31, 32 e 35, respectivamente, págs. 272, 786, 811, 849, 942 e 945. Cfr. Ainda a comemoração do 30º aniversário da Declaração Universal pela Assembleia da República em 13 de dezembro de 1978 (*Diário*, 1ª legislatura, 3ª sessão legislativa, nº 18, págs. 619 e segs.).

Traduzindo-se, como se traduz, a Declaração Universal em princípios gerais de Direito internacional<sup>7</sup>, eles aplicar-se-iam sempre, enquanto tais, na ordem interna por virtude da cláusula de receção do Direito internacional geral ou comum do art. 8º, nº 1, da Constituição e da cláusula aberta de direitos fundamentais do art. 16º, nº 1<sup>8-9</sup>.

O art. 16º, nº 2, eleva-os, porém, diretamente à categoria de princípios constitucionais, a par dos que estão inscritos no preâmbulo da Constituição e no articulado e de outros, ainda, que o legislador constituinte não tenha querido ou podido explicitar. E, desse jeito, integra a Constituição positiva portuguesa com “o ideal comum a atingir” ou a “conceção comum” de direitos e liberdades a que se reconduzem tais princípios; configura a Constituição em sentido formal a Constituição em sentido material de modo a aí abranger a Declaração<sup>10</sup>.

A função do art. 16º, nº 2, vem a ser dupla. Em primeiro lugar, ele situa os direitos fundamentais em Portugal num contexto mais vasto e mais sólido que o da ordem jurídica positiva do Estado, situa-os no contexto da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Em segundo lugar, vai impregnar a Constituição dos princípios e valores da Declaração, como parte essencial da idéia de Direito à luz da qual todas as normas constitucionais – e, por conseguinte, todas as normas da ordem jurídica portuguesa – têm de ser pensadas e postas em prática.

Aos princípios em que se desdobra a Declaração Universal estendem-se todas as características e implicações próprias dos princípios consignados na Constituição (art. 204º, 227º, nº 1 e 290º, nº 2)<sup>11</sup>.

7. São muitas as Constituições influenciadas pela Declaração<sup>12</sup>, mas a primeira que a recebeu em bloco foi a portuguesa e, depois, através desta, também a receberiam

<sup>7</sup> Assim, *Curso...*, cit., págs. 297 e segs. e autores citados.

<sup>8</sup> V. *A Declaração Universal e os Pactos Internacionais de Direitos do Homem*. Lisboa, 1977, pág. XII, e *Manual...*, IV, 5ª ed. Coimbra, 2012, págs. 183 e segs.

<sup>9</sup> Como repositório de princípios gerais de Direito internacional, a Declaração Universal não precisava ser publicada. Foi-o, no entanto (*Diário da República*, de 9 de março de 1978), para que houvesse um texto oficial português.

<sup>10</sup> Cfr. As várias perspectivas de AFONSO QUEIRÓ. *Lições de direito administrativo*. Coimbra, 1976, págs. 325-326; VIEIRA DE ANDRADE. Declaração Universal dos Direitos do Homem, in: *Polis*, II, 1984, págs. 11 e segs.; PAULO OTEIRO. Declaração Universal dos Direitos do Homem: a inconstitucionalidade de normas constitucionais, in: *O Direito*, 1990, págs. 603 e segs.; JORGE BACELAR GOUVEIA. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição portuguesa, in: *Ab vno ad omnes*, obra coletiva. Coimbra, 1998, págs. 925 e segs.; JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na constituição portuguesa*, II. Coimbra, 2006, págs. 328 e segs.; CARLOS BLANCO DE MORAIS. *Justiça constitucional*, I, 2ª ed. Coimbra, 2006, pág. 70; J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op.cit.*, I, 4ª ed. pág. 367.

<sup>11</sup> Considerando a Declaração Universal elemento relevante para a formulação de juízo de inconstitucionalidade, por exemplo, o acórdão nº 222/1990 do Tribunal Constitucional de 20 de junho, in: *Diário da República*, 2ª série, nº 215, de 17 de setembro de 1990. Diferentemente, acórdão nº 99/1988, de 28 de abril, *ibidem*, 2ª série, nº 193, de 22 de agosto de 1988.

Cfr. Outrossim referências à Declaração Universal em, por exemplo, parecer nº 2/1981 da Comissão Constitucional, de 13 de fevereiro, in: *Pareceres*, XIV, pág. 265; acórdão nº 63/1985 do Tribunal Constitucional, de 16 de abril, in: *Diário da República*, 2ª série, nº 133, de 12 de junho de 1985; acórdão nº 287/1990, de 30 de outubro, *ibidem*, 2ª série, nº 42, de 20 de fevereiro de 1991; acórdão nº 507/1994, de 14 de julho, *ibidem*, 2ª série, nº 285, de 12 de dezembro de 1994.

<sup>12</sup> Cfr. (já há quase 40 anos) HENC VAN MARSEVEN e GER VAN DER TANG. *Written Constitutions – Computerized Comparative Study*. Nova Iorque e Alphen aan des Rijn, 1978, págs. 189 e segs.

a espanhola (art. 10º, nº2), a santomense de 1990 (art.17º, nº 1), a cabo-verdiana de 1992 (art. 16º, nº 3), as angolanas de 1992 (art. 21º, nº2) e de 2010 (art. 26º, nº 2), a argentina, após a reforma de 1994 (art. 75º, nº 22) ou a moçambicana de 2004 (art. 43º).

8. A própria evolução da interpretação dos princípios da declaração, por efeito da transformação das idéias e das preocupações da comunidade internacional<sup>13</sup>, não põe em causa esta finalidade de conformação e garantia, porque ocorre mais ou menos lentamente e sem deixar de atender ao sentimento jurídico da comunidade internacional.

## II

9. O art. 16º, nº 2, manda interpretar os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais de harmonia com a Declaração Universal<sup>14</sup>. Projeta-se, pois, a Declaração desde logo sobre as próprias normas constitucionais, moldando-as e emprestando-lhes um sentido que caiba dentro do sentido da Declaração ou que dele mais se aproxime.

Esta interpretação da Constituição conforme a Declaração torna-se tanto mais fácil quanto é certo que ela foi uma das suas fontes, como se reconhece confrontando o teor de uma e de outra. Mas para lá de correspondências mais ou menos claras, deparam-se mesmo alguns artigos da Declaração, que, com utilidade, esclarecem normas constitucionais, evitam dúvidas, superam divergências de localização ou de formulação, propiciam perspectivas mais ricas do que, aparentemente, as perspectivas do texto emanado do Direito interno.

É o que sucede (ainda depois de todas as revisões constitucionais):

- com o art. 1º da Declaração, ao ligar a dignidade da pessoa humana à razão e à consciência de que todos os homens são dotados;

- com o art. 2º, 1ª parte, ao esclarecer que as causas de discriminação indicadas o são a título exemplificativo (“nomeadamente”) e não a título taxativo;

- com o art. 2º, 2ª parte, ao impor um tratamento por igual aos estrangeiros (completando os arts. 13º, nº 2, e 15º, nº 1, da Constituição);

- com o art. 9º, ao declarar que ninguém pode ser arbitrariamente exilado (princípio subjacente ao art. 33º da Constituição);

- com o art. 16º, nº 1, ao declarar que “a partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de ‘casar’ o que inculca a inadmissibilidade de casamento” (embora não de qualquer outra forma de união civil) entre pessoas do mesmo sexo<sup>15</sup>;

<sup>13</sup> JORGE CAMPINOS. *Direito Internacional dos Direitos do Homem*. Coimbra, 1984, pág. 12.

<sup>14</sup> O texto inicialmente aprovado pelo Plenário da Assembleia Constituinte apenas se referia aos direitos, liberdades e garantias (v. *Diário*, nº 35, reunião de 21 de agosto de 1975, págs. 941 e segs.). Foi a Comissão de Redação que o alargou a todos os direitos fundamentais.

<sup>15</sup> No acórdão nº 121/2010, de 8 de abril (*Diário da República*, 2ª série, de 28 de abril de 2010), o Tribunal Constitucional não considerou, apesar disso, inconstitucional o casamento homossexual, por entender que o art. 16º, nº 2, da Constituição não funcionava quando conduzisse a uma solução menos favorável do que a resultante de interpretação endógena da Constituição, e isso em nome da preferência de normas de proteção mais elevada. Mas, salvo o devido respeito, sem razão.

- com o art. 16º, nº 2, ao estipular que o casamento exige “o livre e pleno consentimento dos esposos” (o que só está implícito no art. 36º, nº 1);
- com o art. 18º, ao distinguir liberdade de pensamento e liberdade de consciência;
- com o art. 22º, 2ª parte, ao fazer depender a realização dos direitos económicos, sociais e culturais do esforço nacional e da cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos do país<sup>16</sup> (como está apenas pressuposto nos art. 7º, 9º e 81º)<sup>17</sup>;
- com o art. 26º, nº 3, ao declarar que aos pais pertence a prioridade do direito de escolha do género de educação a dar aos filhos (o que reforça a garantia contida nos art. 36º, nº 5, e 67º, nº 2, alínea c), e não é sem consequências sobre os arts. 43º, 74º e 75º)<sup>18 - 19</sup>.

Quanto aos preceitos legais sobre os quais incide a Declaração vêm a ser não apenas os de regulamentação, concretização e proteção de direitos consignados em normas constitucionais, mas também os que aditem novos direitos ou novas faculdades de direitos com base na cláusula aberta do art. 16º, nº 1.

10. Apesar de a Convenção Europeia dos Direitos do Homem não constar do art. 16º, nº 2º, é corrente ela ser invocada em recurso perante o Tribunal Constitucional. Mas este tem entendido, em orientação constante, tal não se justificar, por a Constituição portuguesa – abrangendo todos os direitos que ali se encontram enumerados – a consumir<sup>21</sup>.

Em contrapartida, mais uma vez tem o Tribunal Constitucional trabalhado com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem para densificar normas constitucionais sobre direitos fundamentais<sup>22</sup>.

---

Em primeiro lugar, faltaria saber, *in casu*, qual o nível de proteção mais elevado e quem deve tê-lo. Tal nível não se alcança não diferenciando aquilo que é, em si mesmo, diferente e não dando mais proteção àqueles que, potencial ou efetivamente, assumem a responsabilidade de criar, educar e manter filhos. Em segundo lugar, repare-se na descoincidência das fórmulas do artigo 36º, nº 1, da Constituição e do artigo 16º, nº 2 da Declaração Universal. Ali proclama-se que *todos* têm o direito de constituir família e de contrair casamento. Aqui fala-se em *homem e mulher*. E o sentido sistemático integrador dos dois artigos só pode ser este: *a) que todos, homens e mulheres, têm o direito de casar, livremente e sem discriminação alguma* (como qualquer das enunciadas no artigo 13º, nº 2); *b) mas que só há casamento quando contraído entre homem e mulher*; *c) todos* não significa casamento de homens com homens ou de mulheres com mulheres, significa casamento de homem com mulher. Em terceiro lugar, na lógica do acórdão, o art. 29º da Declaração Universal, sobre deveres, e o art. 30º, sobre adstrições ao respeito da liberdade de outros ou não teriam sentido ou não estariam abrangidos pelas exceções operadas pelo art. 18º, nº 2, da Constituição.

<sup>16</sup> Ou do desenvolvimento económico (art. 45º da Constituição da Guiné-Bissau).

<sup>17</sup> O art. 22º atenua (ou atenuava, principalmente, antes de 1982) as implicações da Constituição económica no domínio destes direitos.

<sup>18</sup> Antes de 1982, deveriam ainda ter-se em conta os arts. 14º (direito de asilo), 15º, nº 2, 1ª parte (garantia da cidadania), 16º, nº 3 (família), e 27º, nº 1 (fruição cultural). E, antes de 1997, o art. 7º, 2ª parte (direito a proteção igual contra qualquer discriminação).

<sup>19</sup> *Cfr.*, ainda quanto ao art. 12º da Declaração, em face do art. 26º, nº 1, da Constituição, o acórdão nº 442/2007, de 14 de agosto, *in: Diário da República*, 1ª série, nº 175, de 11 de setembro de 2007.

<sup>20</sup> Na revisão constitucional de 1982 foi proposta, sem êxito, uma referência expressa à Convenção. *V. Diário da Assembleia da República*, II legislatura, 1ª sessão legislativa, 2ª série, 3º suplemento ao nº 108, págs. 3332 (103) e segs.

<sup>21</sup> *Cfr.*, entre outros, acórdão nº 547/1998, de 23 de setembro, *in: Diário da República*, 2ª série, de 15 de março de 1999; acórdão nº 75/1999, de 3 de fevereiro, *ibidem*, 2ª série, de 6 de abril de 1999; ou acórdão nº 412/2000, de 4 de outubro, *ibidem*, de 21 de novembro de 2000.

<sup>22</sup> *V.*, por exemplo, acórdão nº 121/1997, de 19 de fevereiro, *ibidem*, 2ª série, nº 100, de 30 de abril de 1997.



E, se se desse contradição entre o disposto na Constituição e os princípios constantes da Declaração Universal – como acontecia enquanto vigoraram o art. 309º (depois 298º, depois 294º, depois 291º) e a Lei nº 8/1975, de 25 de julho, de incriminação retroativa dos agentes e responsáveis da polícia política do regime da ditadura<sup>23</sup>. Iria a interpretação em conformidade com a Declaração Universal ao ponto de se entender que as suas normas prevaleciam sobre as normas constitucionais?

Haveria que distinguir consoante a norma constitucional fosse originária ou proveniente de revisão e consoante o princípio da Declaração Universal fosse de *jus cogens* ou não.

No primeiro caso, nunca haveria inconstitucionalidade. Não é inconstitucionalidade a contradição com o *jus cogens* - por definição supraconstitucional<sup>24</sup>. E se o princípio não fosse de *jus cogens*, o que aconteceria então seria a retração do alcance da Declaração – a norma constitucional (a considerar especial ou excecional e a ser interpretada restritivamente) subtrairia ao domínio da Declaração determinada matéria ou zona de matéria entre todas que nela recaem<sup>25</sup>.

Pelo contrário, na segunda hipótese, o fenómeno reconduzir-se-ia a inconstitucionalidade, porque o poder de revisão constitucional é um poder constituído, subordinado aos princípios fundamentais da Constituição. Ora, indubitavelmente, à luz do art. 16º, nº, a Declaração Universal incorpora alguns desses princípios, verdadeiros limites materiais de revisão, mesmo para além das alíneas d) e e) do art. 288º.

**11.** O que significa a integração de preceitos constitucionais e legais pela Declaração Universal? Significa que se pode e deve completar os direitos ou, porventura, as restrições aos direitos constantes da Constituição com quaisquer direitos ou faculdades ou com restrições aos direitos que se encontrem na Declaração? Ou significa que, admitida a possibilidade de lacunas na Constituição em sentido formal, haverá lugar à integração somente quando se reconheça, dentro do próprio sistema da Constituição, que há lacunas em sentido estrito, que nela não estão enunciados direitos que derivam desse mesmo sistema?

A favor da segunda alternativa poderia invocar-se o nexo existente em Direito entre integração e lacuna (ou situação não prevista em preceito determinado, mas que tem de ser juridicamente regulada no espírito do sistema); e poderia lembrar-se a rejeição pela Assembleia Constituinte de uma proposta para que no art. 16º, nº 1, se acolhessem também direitos “decorrentes da inviolabilidade da pessoa humana”<sup>26</sup>.

---

Para uma visão mais ampla, com elementos comparativos e prospetivos, v. M. DAVID SZYMEZK. *La Convention Européenne des Droits de l'Homme et le juge constitutionnel national. Bruxelles, 2007, ou MARCELO NEVES. Transconstitucionalismo. São Paulo, 2009, págs. 116 e segs.*

<sup>23</sup> V. a demonstração da sua não vigência atual, in: *Manual ...*, II, cit., págs. 44 e 45.

<sup>24</sup> *Curso ...*, cit., págs. 152-153; *Manual ...*, II, págs. 145-146.

<sup>25</sup> Sobre normas constitucionais inconstitucionais, v. *Manual...*, VI. 4ª ed. Coimbra, 2013, págs. 14 e segs., e autores citados.

<sup>26</sup> Nesta linha, LEONOR BELEZA e MIGUEL TEIXEIRA DE SOUZA. *Direito de associação e associações*, in: *Estudos sobre a Constituição*, obra coletiva, III. Lisboa, 1979, pág. 175. Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO. *Direito de autor e direitos fundamentais*, in: *Perspectivas constitucionais*, obra coletiva, II, pág. 189.

Parece mais plausível, no entanto, o primeiro significado do termo integração, embora rigoroso: antes do mais, porque ele se coaduna melhor com a ideia de “âmbito” de direitos que inspira o art. 16º; em segundo lugar, porque, se o art. 16º, nº 2, coloca a interpretação da Constituição no quadro da Declaração, então o sistema de tutela de direitos fundamentais abarca-a necessariamente e as lacunas da Constituição têm de ser recortadas nesse âmbito; finalmente, porque a referência ou não a “inviolabilidade da pessoa humana” não só não tem que ver com este problema como a sua falta é compensada largamente pela receção dos princípios gerais da Declaração.

A questão é, aliás, quase académica em face do texto da Constituição, o qual vai muito além tanto da Declaração Universal quanto dos Pactos Internacionais de 1966. Com efeito, tirando princípios de civilização tão incontestáveis que seria escusado à Constituição proclamá-los (como os dos arts. 4º e 6º da Declaração) e um princípio específico de Direito internacional (como o do art. 15º, nº 1), poucas são as proposições que tenham um conteúdo mais preciso que o das normas constitucionais ou que nelas tenham correspondência. São apenas os arts. 15º, nº 2, 2ª parte (direito de mudar de cidadania), 17º, nº 2 (na medida em que a proibição de privações arbitrárias da propriedade deve abarcar quer a propriedade privada, quer a propriedade comunitária e quaisquer outras que venham a existir), 24º (direito de todas as pessoas, e não só dos trabalhadores, ao repouso e aos lazeres) e os art. 29º e 30º (deveres e limites dos direitos).

O ponto só ganharia acuidade se, por hipótese revisão constitucional, se diminuísse o seu elenco de direitos, o que se não afigura conjeturável.

### III

12. Não tem a Constituição de 1976 nenhuma cláusula geral sobre o exercício dos direitos – quer de todos e quaisquer direitos, quer de alguma categoria de direitos em particular. Uma razão histórica bem conhecida determinou sobretudo que assim fosse: o receio – comprovado pela experiência do § 1º do art. 8º da Constituição de 1933 e revivido intensamente em 1975 – de que tal cláusula pudesse frustrar a atribuição dos direitos, liberdades e garantias, abrindo caminho a que os detentores do poder viessem, na prática, a derogar os preceitos constitucionais e a transformar o regime em autoritário ou totalitário<sup>27</sup>.

Mas encontra-se uma cláusula geral no art. 29º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, onde não só se afirma que o indivíduo tem deveres para com a comunidade, “fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade”; como se prescreve que no gozo dos direitos e das liberdades “ninguém está sujeito 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” (nº 2) e se acrescenta que, em caso algum, os direitos e liberdades poderão ser exercidos “contra os fins e os princípios das Nações Unidas” (nº 3)<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Assim, a intervenção do Deputado Oliveira e Silva, presidente da 2ª Comissão da Assembleia Constituinte, in: *Diário*, nº 30, de 13 de agosto de 1975, pág. 784.

<sup>28</sup> Sobre o art. 29º, nº 2, da Declaração Universal, v., por exemplo, RENÉ MARCIC. *Devoirs et limitation apportées aux droits*, in: *Revue de la Commission Internationale des Juristes*, IX, nº 1, 1968, págs. 73 e segs.;

Ora, na medida em que o art. 16º, nº 2, da Constituição portuguesa manda interpretar os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais de harmonia com a Declaração Universal, não pode deixar de entender-se que tal regra vale inteiramente, hoje, no nosso ordenamento jurídico e se aplica não apenas aos direitos fundamentais como – por maioria de razão – a todos os demais direitos.

13. Contra a referência ao art. 29º, nº 2, poderiam erguer-se duas dificuldades principais. Uma seria, desde logo, a não consagração de cláusula geral na Constituição. Resultaria outra da norma do art. 18º, nº 2, que veda restrições aos direitos fundamentais não constitucionalmente autorizadas<sup>29</sup>. Parece, no entanto, que estas dificuldades são suscetíveis de ser vencidas.

Em primeiro lugar, nada indica que o art. 16º, nº 2, da Lei Básica se reporte somente a preceitos atributivos de direitos, pode reportar-se também a preceitos limitativos; e o recurso à Declaração para efeito de integração corresponde exatamente à hipótese de não regulamentação como aqui se verifica. Regras sobre o exercício dos direitos fundamentais são sempre necessárias e, se não constarem da Constituição formal nuclear, esta terá de ser integrada pelos processos que previr, um dos quais é o do art. 16º, nº 2. Outra coisa, naturalmente, é o sentido ou o relevo sistemático conferido a essas regras.

Em segundo lugar, se perante uma Constituição positiva decretada pelo Estado podem revelar-se fundados os receios de interpretação extensiva e distorcida pelos órgãos do poder, já perante uma cláusula inserida num documento como a Declaração Universal tais receios não devem prevalecer. O espírito do art. 29º, nº 2, não pode, na verdade, deixar de ser o mesmo que preside à consagração dos direitos fundamentais e é no contexto da Declaração das Nações Unidas que deverá ser entendido.

Em terceiro lugar, não se afigura que do art. 18º, nº 2, da Constituição se retirou deixe de se retirar argumento decisivo quanto à aplicação do art. 29º, nº 2, da Declaração. E isso porque são de espécies diferentes as restrições a que alude aquele preceito e os limites contemplados neste<sup>30</sup>. O art. 18º, nº 2, diz respeito a certos direitos e afeta o seu conteúdo; o art. 29º, nº 2, contempla condições gerais que incidem sobre todos os direitos e que têm que ver com o seu exercício. O art. 29º, nº 2, não é, pois, nova fonte de restrições de direitos, liberdades e garantias; situa-se, sim, ao nível da regulamentação (e daí a referência que nele se encontra a lei)<sup>31</sup>.

ALDO CORASANITI. Note in tema di diritti fondamentali, in: *Diritto e società*, 1990, págs. 203 e segs.; *The Universal Declaration on Human Rights – A Commentary*, obra coletiva. Oslo, 1992, págs. 449 e segs.

<sup>29</sup> Cfr. MARIA LENOR BELEZA e MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *op. cit., loc. cit.*, pág. 175; JÓNATAS MACHADO. *O regime concordatário entre as “Libertas Ecclesiae” e a liberdade religiosa*. Coimbra, 1993, pág. 95, nota; EDUARDO CORREIA BAPTISTA. *Direito internacional público – conceito e fontes*, I. Lisboa, 1998, págs. 431-432, nota; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, I, págs. 368 e 369; JORGE REIS NOVAIS. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2ª ed. Coimbra. 2010, págs. 520 e segs.

<sup>30</sup> Sobre a diferença entre restrições e limites ao exercício de direitos, *Manual...*, IV, *cit.*, pág. 346.

<sup>31</sup> No sentido da admissibilidade ou da relevância do art. 29º, nº 2, BERNARDO XAVIER. *Direito da greve*. Lisboa, 1984, pág. 93; NUNO e SOUSA. *A liberdade de imprensa*. Coimbra, 1984, pág. 264; RUI MEDEIROS. *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos*. Coimbra, 1992, pág. 342; LUÍS PEREIRA COUTINHO. Sobre a justificação das restrições a direitos a direitos fundamentais, in: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, obra coletiva, I. Coimbra, 2010, págs. 564 e 565. E acordões nºs 166 e 173 da Comissão Constitucional, de 24 de julho e 18 de dezembro de 1979, in: apêndice ao *Diário da República*,

14. Porque mesmo *in claris fit interpretativo*, a fórmula “justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática” requer a seguinte explicação:

a) Na alusão a “justas exigências” deve achar-se, antes de mais, o apelo a um conceito de justiça ou a uma ponderação ética avaliadora dos preceitos de Direito positivo que, em nome da moral, da ordem pública e do bem-estar, envolvam limites dos direitos, mormente dos direitos, liberdades e garantias; deve achar-se aí, portanto, um limite absoluto aos limites.

b) Em tal alusão transparece, por outro lado, a ideia de *proporcionalidade* nas suas três vertentes<sup>32</sup> – só são admissíveis os limites que seja adequados, necessários e proporcionados em face dos princípios constantes da Declaração.

c) A “moral” tem de ser apercebida como moral social, como moral pública (para empregar a expressão do art. 206º da própria Constituição, a propósito dos limites à publicidade das audiências dos tribunais)<sup>33-34</sup>; não se identifica com certa moral religiosa, embora, precisamente por se tratar de uma moral social, não possa desprender-se (ou desprender-se por completo) das influências religiosas e culturais presentes na sociedade<sup>35</sup>. É nessa perspectiva que cabem limites ao exercício dos direitos por causa do respeito pela integridade moral das pessoas (cfr. Art. 25º, nº 1, da Constituição) ou da boa-fé nas relações jurídicas públicas e privadas<sup>36</sup>.

d) Não raro, na experiência histórica, a invocação da “ordem pública” tem sido feita como conceito ou preceito beligerante contra a liberdade. Mas a ordem pública – conjunto de condições externas necessárias ao regular funcionamento das instituições e ao pleno exercício dos direitos – tem caráter instrumental, não se justifica de per si, só vale na medida em que propicia a realização da *ordem* contemplada no art. 28º, nº 2, da Declaração ou da *ordem constitucional democrática* mencionada no art. 19º, nº 2, da Constituição<sup>37-38-39</sup>.

---

de 3 de julho de 1980; ou acórdão nº 6/1984 do Tribunal Constitucional, de 18 de janeiro, in: *Diário da República*, 2ª série, de 2 de maio de 1984.

<sup>32</sup> Cfr. *Manual...*, IV, cit., págs. 302 e segs. e autores citados.

<sup>33</sup> Neste sentido, acerca do art. 1093º, nº 1, alínea c, do Código Civil, o acórdão nº 128/1992 do Tribunal Constitucional, de 1 de abril, in: *Diário da República*, 2ª série, de 24 de julho de 1992.

<sup>34</sup> Cfr. ROBERTO CORTESE. *Moralità pubblica e buon costume*, in: *Enciclopedia del Diritto*, XXVI, 1977, pág. 59: a remissão não recetícia operada pelo Direito à Moral cria um nexo entre um dado estático e um elemento dinâmico, através da referência a um parâmetro (a moralidade pública), que está sujeito a uma mutação contínua.

<sup>35</sup> Cfr., sobre o problema à face do art. 4º da Constituição de 1993. JOSÉ H. SARAIVA. *Lições de introdução ao direito*. Lisboa, 1962-1963, págs. 410 e segs.; MÁRIO J. MARQUES MENDES. *A moral constitucional*, in: *O Direito*. 1970, págs. 247 e segs.; MIGUEL GALVÃO TELES. *Direito constitucional português vigente*. Lisboa, 1971, págs. 8-9; JORGE MIRANDA. *Ciência política e Direito constitucional*, II. Lisboa, 1972-1973, págs. 116 e segs. E à face da Constituição atual, JOSÉ LAMEGO. *“Sociedade aberta” e liberdade de consciência*, Lisboa, 1985, pág. 61 e JORGE REIS NOVAIS. *As restrições...*, cit., págs. 483 e 484.

<sup>36</sup> Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO. *Da boa-fé no Direito Civil*, II. Lisboa, 1984, págs. 1160 e segs.

<sup>37</sup> Ou, como escrevem noutro lugar (Ordem pública, in: *Verbo*, XIV, pág. 735), só vale enquanto permite a realização do bem comum aferido pelo equilíbrio entre liberdade e autoridade que é fonte de paz.

Cfr. LIVIO PALADIN. *Ordine pubblico*, in: *Novissimo Digesto Italiano*, XII, 1957, págs. 130 e segs.; YVES MADIOT. *Droit de l’homme et libertés publiques*. Paris, 1976, págs. 128 e segs.; GUIDO CORSO. *Ordine publico*, in: *Enciclopedia del Diritto*, XXX, 1980, págs. 1057 e segs.; GREGORIO PECES-BARBA. *Etica, poder y Derecho – Reflexiones ante el fin del siglo*. Madrid, 1955, págs. 115 e segs.; BLOUBET-frier ET ALII. *La dénaturation des libertés publiques*, in: *Revue du droit public*. 1993, págs. 242 e segs.; MARIE CAROLINE VINCENT-LEGOUX. *L’rdre public*. Étude de droit compare interne. Paris, 2001; JORGE REIS NOVAIS. *As restrições...*, cit., págs. 475 e segs.

<sup>38</sup> Cfr. Os tipos de crimes contra a ordem e a tranquilidade pública dos arts. 295º e segs. do Código Penal.

<sup>39</sup> A segurança interna, que com a defesa da legalidade democrática e dos direitos dos cidadãos, é uma das finalidades da polícia (art. 272º, nº 1, da Constituição), reconduz-se, parcialmente, à ordem pública.

e) Mais difícil de definir juridicamente se antolha o “bem-estar” [a que também apelam os arts. 9º, alínea d), e 81º, alínea a), da Constituição]. Parece indissociável da qualidade de vida, como estádio a que as pessoas têm direito e que poderá justificar, designadamente, limites à liberdade de manifestação a às liberdades económicas para garantia da preservação do ambiente, da higiene, da segurança e do repouso das pessoas [cfr. Art. 59º, nº 1, alíneas c) e d), da Constituição, de novo]. Não poderá servir, porém, para, em nome da efetivação dos direitos económicos, sociais e culturais, se sacrificarem *hoje* quaisquer liberdades públicas.

f) Na referência a “sociedade democrática” – o outro elemento valorativo dos limites – chama-se à colação diretamente a unidade sistemática da Declaração. Não são quaisquer exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar que contam, apenas contam aquelas que sejam peculiares a uma sociedade democrática, a uma sociedade fundada nos princípios da Declaração.

Os limites aparecem, assim, funcionalizados em relação à sociedade democrática – os limites aos direitos, não os próprios direitos. E isto implica a impossibilidade de privação, restrição ou suspensão de direitos por exercício contrário à sociedade democrática ou às finalidades da Constituição, até porque, por outro lado, nenhuma disposição de Declaração (portanto, também o art. 29º) pode ser interpretada “de maneira a envolver para qualquer Estado, agrupamento ou indivíduo o direito de se entregar a alguma atividade ou de praticar algum ato destinado a destruir os direitos e as liberdades enunciados” (art. 30º).

Dito por outras palavras: “as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática” não são apenas limites ao exercício dos direitos. São também limites aos limites.

15. Nos grandes instrumentos internacionais sobre direitos, liberdades e garantias vinculativos do Estado português desde 1978, o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos de 1966 e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, preveem-se limites ao exercício de direitos, embora não cláusulas gerais. Apontam-se os arts. 12º, nº 3, 14º, nº 1, 18º, nº3, 19º, nº 3, alínea b), 21º e 22º, nº 2, do Pacto, os arts. 6º, nº 1, 8º, nº2, 9º, nº 2, 10º, nº 2, e 11º, nº 2, da Convenção e o art. 2º do seu 4º Protocolo Adicional<sup>40</sup>.

Esses preceitos referem-se também, contudo, a “saúde pública” e a “saúde pública” e a “segurança nacional” e, o art. 10º, nº2, da Convenção, a “integridade territorial”; e terão de se conciliar com a Declaração Universal, porquanto não a podem contrariar, sob pena de inconstitucionalidade, em virtude do art. 16º, nº 2, da Constituição.

16. O conceito de abuso do direito do art. 334º do Código Civil, conexo com “limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo económico e social dos direitos”, deve, outrossim, ser reinterpretado à luz do art. 29º, nº 2, da Declaração Universal<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Sobre a ordem pública na Convenção Europeia, cfr. S. MARCUS HELMONS. Les exigences du maintien de l'ordre et leurs limites, in: *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, págs. 495 e segs.; e sobre sociedade democrática, FRANÇOISE ELENS. La notion de démocratie dans le cadre des limitations aux droits de l'homme, in: *Documentação e Direito comparado*. 1998, nº 9, págs. 165 e segs.

<sup>41</sup> Sobre abuso de direito, v., por todos, CASTANHEIRA NEVES. *Questão de facto* – questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade. Coimbra, 1967, págs. 513 e segs.; ou ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO. *Tratado de Direito Civil Português*, I – Parte Geral, tomo IV. Coimbra, 2005, págs. 239 e segs.