

## Hermenêutica dos Direitos Humanos \*

José Melo Alexandrino \*\*

O pensamento procura o seu caminho para a luz.

Ludwig Wittgenstein, 1946

SUMÁRIO: § 1.º – *A hermenêutica dos direitos humanos como “problema jurídico”*. 1. Colocação do problema. 2. Uma questão prévia. 3. Horizontes e prismas de uma ideia de hermenêutica dos direitos humanos. 4. Como se apresentam os direitos humanos. 5. Recuperação de uma lição: a metódica estruturante. § 2.º – *A hermenêutica dos direitos humanos como “trabalho do jurista”*. 6. Regras de interpretação reconhecidas no plano jusinternacional. 7. Quatro distinções inerentes à tarefa do jurista. 8. Especificidades dos direitos humanos sujeitos a determinadas reservas. 9. Reflexões finais sobre algumas hipóteses de “auxiliares hermenêuticos”.

### § 1.º

#### *A hermenêutica dos direitos humanos como “problema jurídico”*

#### 1. Colocação do problema

Ao confiar-me o tema da *hermenêutica dos direitos humanos*, a organização deste curso mostrou alguma impiedade: sendo a hermenêutica um domínio próprio da Filosofia do Direito e da Teoria do Direito, e não sendo eu filósofo ou teórico do Direito; exigindo-se uma articulação entre a hermenêutica e os direitos humanos, e tão-pouco sendo eu um internacionalista.

1.1. É assim notória a necessidade de uma “colocação do problema”, desde logo para proceder a uma redução evidente: é com a máscara de constitucionalista (ainda que com alguma aspiração interdisciplinar)<sup>1</sup> que vou tentar executar este encargo.

---

\* Texto revisto da conferência proferida no Curso “Tutela dos Direitos Humanos e Fundamentais”, organizado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no âmbito do Acordo-quadro de cooperação com o Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM) e a Universidade do Norte do Paraná (UENP), entre 11 e 13 de Janeiro de 2011.

\*\* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Além disso, ainda a título preliminar, devemos ter suficientemente claro diante dos nossos olhos o facto de o Direito não conseguir fornecer isoladamente uma visão integral dos direitos humanos.

Em todo o caso, a solução não estará decerto em o jurista se abalançar a tratar da hermenêutica filosófica, da sociologia, da antropologia cultural, etc., e a relacionar tudo isso, à sua maneira, com os direitos humanos: aí daquele que, sem estar devidamente preparado, se disponha a tratar directamente de coisas que desconhece como se fossem da sua lavra! – Esforço inútil.

Dito isto, começam a desenhar-se as linhas por onde pretendo caminhar: por um lado, estaremos perante uma reflexão feita por um jurista, que não é filósofo; por outro lado, esse jurista não domina suficientemente nenhuma das demais disciplinas extra-jurídicas potencialmente chamadas a esclarecer a hermenêutica dos direitos humanos.

1.2. O que me proponho fazer é apenas o seguinte: numa primeira parte, dar nota do horizonte de problemas envolvidos na ideia de hermenêutica dos direitos humanos, situando a perspectiva de que se parte e recuperando algumas ideias fundamentais da metódica estruturante; numa segunda parte, com uma declarada preocupação técnica (ou, se preferirem, *dogmática*), fornecer uma ajuda à estruturação de conceitos, quadros e categorias inerentes ao trabalho do jurista que se queira entender com os direitos humanos, privilegiando portanto o que presumi ser o perfil dominante do auditório (juristas qualificados, que pretendem aprofundar as suas investigações).

## 2. Uma questão prévia

Há todavia uma questão prévia que reputo da máxima importância: direitos humanos e direitos fundamentais – é tudo a mesma coisa ou convém distinguir?

É imperioso distinguir, no meu entender, na medida em que no plano jurídico se trata de realidades substancialmente diferentes (ainda que eventualmente o não sejam no plano axiológico ou no da relação com as realidades sociais): (1) são realidades diferentes, (2) são diferentes os contextos de partida e, (3) por conseguinte, são também diferentes muitas das regras de interpretação aplicáveis.

---

<sup>1</sup> Sobre essas aspirações, José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*, vol. I – *Raízes e contexto*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 92 ss., 99.

Expliquemos.

2.1. A *distinção entre essas realidades*, direitos fundamentais e direitos humanos, tenho-a feito assentar nos seguintes cinco elementos: (i) os direitos humanos podem ser direitos puramente *morais*, ao passo que os direitos fundamentais são sempre direitos jurídicos (há neles necessariamente uma conexão com o Direito positivo); (ii) os direitos humanos *não estão necessariamente positivados*, ao passo que os direitos fundamentais são direitos previstos na Constituição (podendo estes conceber-se ainda como resultado do processo jurídico de institucionalização daqueles), estando necessariamente configurados e limitados pela Constituição (sistema de direitos fundamentais); (iii) os direitos humanos apresentam uma pretensão de *vinculatividade universal*, ao passo que os direitos fundamentais vinculam sobretudo (ou apenas) o Estado (os poderes públicos), no âmbito de uma ordem jurídica concreta, situada no espaço e no tempo; (iv) os direitos humanos são, em regra, *direitos abstractos*, ao passo que os direitos fundamentais incorporam tradicionalmente garantias jurídicas concretas e delimitadas, imediatamente accionáveis pelos interessados; (v) nada impede que os direitos humanos possam, em certos casos e para certos efeitos, ser concebidos como fins ou como *programas* morais de reforma ou *de acção política*, ao passo que os direitos fundamentais necessitam sempre de determinados mecanismos de garantia jurisdicional.

Uma consequência, extremamente significativa logo a este nível, é o facto de os direitos fundamentais não deverem a esta luz ser concebidos como valores, mas os direitos humanos poderem perfeitamente ser concebidos (também) como valores.

2.2. Os *contextos de partida* dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, para os efeitos que aqui importa considerar (a interpretação) são também muito diferentes, designadamente (no lado dos direitos humanos): pelo *carácter fragmentário, incompleto e incerto* do ordenamento internacional; pela ausência de uma *unidade política, cultural ou espiritual* e de uma qualquer comunidade política de base; pela natural ausência de uma instituição similar a um *Tribunal Constitucional*, à qual pudesse caber uma última palavra ou a tarefa de velar pela manutenção da comunidade política; pela ausência de uma *estrutura institucional*, centralizada ou descentralizada, comparável: não só não há um sistema legislativo ou jurisdicional associado, como, ao invés, a protecção dos direitos humanos está cometida, em primeira linha, aos tribunais

internos e só subsidiariamente aos tribunais e às demais instâncias internacionais de tutela dos direitos humanos; pela ausência de uma *relação de supremacia entre as normas* de direitos humanos e as demais normas de Direito internacional (salvo o *ius cogens*).

Pelo contrário, há uma multiplicidade de comunidades políticas e culturais heterogêneas e contrastantes, dado esse que nem é superável, nem é susceptível de sofrer uma modificação intencionalmente determinada<sup>2</sup>; a tutela judicial ou extrajudicial dos direitos humanos, no plano internacional, é forçosamente subsidiária e difusa; a comunidade internacional constitui uma estrutura política *sui generis*, ainda moldada essencialmente por relações de força, especialmente a económica, com a inerente debilitação do *império* da lei (*rule of law*).

Ainda assim, há zonas de aproximação: no carácter abstracto das normas; no domínio dos princípios; na relação com factores da realidade cultural, política e social; na remissão para outras esferas normativas ou extra-jurídicas.

2.3. Por último, são distintos os *princípios específicos de interpretação*, como teremos oportunidade de observar mais adiante, tal como são relativamente diferenciados os fundamentos e os quadros de elaboração científica das respectivas áreas de saber jurídico<sup>3</sup>.

### 3. Como se nos apresentam os direitos humanos

Se, do nosso lugar, nos perguntássemos em que sistema se situam os direitos humanos, teríamos de responder alguma coisa deste género: entre os séculos XVI e XVIII, nas concepções dos filósofos, a um nível essencialmente moral (e com um evidente lastro religioso)<sup>4</sup>; entre o século XVIII e meados do século XX, no âmbito moral e político; depois da segunda Guerra Mundial e até aos nossos dias, no sistema jusinternacional, mas com expressões numa rede normativa mais vasta (mas, também aí, sem terem perdido a dimensão moral nem o primitivo lastro religioso).

---

<sup>2</sup> T. S. Eliot, *Notes Towards the Definition of Culture* (1948), trad. de Ernesto Sampaio, *Notas para uma definição de Cultura*, 2.ª ed., Lisboa, reimp., 2002, pp. 18, 138.

<sup>3</sup> Sobre este ponto, matizando uma separação rígida (como a sugerida por Jorge Reis Novais), José de Melo Alexandrino, *A indivisibilidade dos direitos do homem à luz da dogmática constitucional*, texto acessível em <<http://www.iejp.pt/system/files/A%20indivisibilidade%20dos%20direitos%20do%20homem.pdf>>, pp. 5-6.

<sup>4</sup> Para uma visão geral, Paulo Otero, Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 179 ss.

Neste contexto, se nos perguntarmos depois como se apresentam em geral os direitos humanos, a nossa resposta teria de ser esta: depende; depende do tempo, do lugar e do sujeito.

Depende do *tempo*, porque nas duas fases que antecederam a nossa, os direitos humanos apresentaram-se primeiramente como *representações morais*, depois como aspirações, valores ou princípios *políticos e morais*<sup>5</sup> e só mais recentemente como *estruturas jurídicas*.

Depende do *lugar*, porque em certas regiões do planeta pouco mais são do que valores morais (ou não são sequer efectivamente reconhecidos a esse nível); na generalidade dos países, são reconhecidos como estruturas jurídicas heterogéneas; numa parte do Mundo chegam a apresentar-se como direitos subjectivos plenamente justiciáveis; depende ainda do lugar, porque nos sistemas de Estado constitucional os direitos humanos foram necessariamente transformados em Direito interno e garantidos a esse nível por múltiplos mecanismos e múltiplas instituições.

Depende do *sujeito*, porque o homem comum, o filósofo, o poeta, o artista, o teólogo, o sociólogo, o economista, o jurista, etc., vêem nos direitos humanos coisas muito diferentes.

#### **4. Horizontes e prismas de uma ideia de *hermenêutica dos direitos humanos***

Ora, é precisamente o facto de os direitos humanos serem perspectivados de formas muito diferentes pelos diferentes observadores e pelos vários domínios do saber que nos impõe a tomada de consciência sobre o verdadeiro horizonte da hermenêutica dos direitos humanos no século XXI.

##### **4.1. Talvez deva esclarecer brevemente o que se entende por hermenêutica.**

Para efeitos desta minha exposição, terei por equivalentes as expressões hermenêutica e interpretação<sup>6</sup>. No entanto, sem prejudicar a clareza desta opção, talvez possa acrescentar que a hermenêutica enfatiza certas direcções: (i) o aprofundamento do

---

<sup>5</sup> Assim, diversamente do que entenderam o Peru, o Uruguai ou o próprio Tribunal, a tese defendida pelos Estados Unidos da América no âmbito do Parecer OC-10/89 do Tribunal Americano de Direitos do Homem, de 14 de Julho de 1989, n.ºs 12 e 17, alegando designadamente que as boas intenções não criam Direito (texto acessível em <[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_10\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_10_esp1.pdf) >).

<sup>6</sup> Com uma nota sobre a variedade semântica a este nível, José de Melo Alexandrino, «Como ler a Constituição – algumas coordenadas», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, vol. III – *Direito Privado, Direito Público e Vária*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 503-504 [503-519] (também acessível on-line).

processo da descoberta do sentido (pretendendo penetrar no interior dos fenómenos, designadamente pela identificação dos níveis do processo de pensar); (i) a preocupação com o todo do processo (envolvendo também o passado, além do sujeito e do objecto, podendo designadamente aludir-se aí à célebre ideia de fusão de horizontes); (iii) o alargamento do âmbito do processo a múltiplos domínios (de um certo sistema a outras realidades, designadamente); (iv) a inclusão de uma dimensão dialógica (valorizando a intersubjectividade)<sup>7</sup>.

4.2. Sendo múltiplos os horizontes e os prismas em que pode ser considerada a hermenêutica dos direitos humanos, vejamos breves exemplos colhidos nos mundos próximos da Sociologia, da Filologia e da Filosofia do Direito.

Para Boaventura de Sousa Santos, colocando-se em parte na linha do teólogo Raimon Panikkar<sup>8</sup>, os direitos humanos, não deixando de ser um sinal do regresso do cultural e até do religioso<sup>9</sup>, podem ser percebidos pelo sociólogo não só como “artefacto cultural”<sup>10</sup>, mas também “enquanto guião emancipatório”, o que, segundo o autor, vem a exigir designadamente uma hermenêutica diatópica, que pressupõe um necessário diálogo cultural<sup>11</sup>.

Para o filólogo mexicano Mauricio Beuchot ou para o filósofo espanhol Joaquín Herrera Flores, os direitos humanos podem ser vistos como artefactos da história moderna e como produtos culturais, devendo ser compreendidos filosófica e

---

<sup>7</sup> De diversos ângulos, Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode* (1986), trad. de Flávio Paulo Meurer, *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, 3.ª ed., Petrópolis, Editora Vozes, 1999; A. Castanheira Neves, «Interpretação jurídica», in *Digesta – Escritos acerca do Direito do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. 2, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 337-377; Mauricio Beuchot, *Perfiles esenciales de la hermenêutica*, México, Instituto de Investigaciones Filológicas de la UNAM, 1997; Peter Häberle, *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, trad. de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sérgio A. Fabris Editor, 1997; Sérgio Ramos Gomes, *Hermenêutica Jurídica e Constituição no Estado de Direito Democrático*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002; Nelson Saldanha, *Ordem e Hermenêutica*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003; Lenio Luiz Streck, «Da interpretação de textos à concretização de direitos: a incidibilidade entre interpretar e aplicar: contributo a partir da hermenêutica filosófica», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. 46, n.º 2 (2005), pp. 911-954; Jónatas E. M. Machado, *Direito Internacional Público: do paradigma clássico ao pós 11 de Setembro*, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 331 ss.

<sup>8</sup> Boaventura Sousa Santos, «Por uma concepção multicultural dos direitos humanos», in *Revista crítica de ciências sociais*, n.º 48 (1997), pp. 11-32 [também disponível on-line em <[http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao\\_multicultural\\_direitos\\_humanos\\_RCCS48.PDF](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF)>].

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>11</sup> *Ibidem*, pp. 23 ss.

culturalmente como forma de reacção perante a realidade e pressupondo, num caso como no outro, uma hermenêutica aberta e dialógica sobre os demais sistemas<sup>12</sup>.

Isto para dizer como é vasto o horizonte da hermenêutica dos direitos humanos e como são distintos os prismas por onde pode ser observada, mas, como já referi, o nosso horizonte está aqui limitado à ciência do Direito e o prisma é essencialmente o do jurista.

## 5. Recuperação de uma lição: a metódica estruturante

Ora, como jurista, deixem-me recuperar aqui alguns elementos de um pequeno exercício dedicado ao problema da interpretação: aproveitarei o que nesse texto – expressivamente centrado na *forma de ler a Constituição*<sup>13</sup> – o que sirva em termos da teoria geral da interpretação seja utilizável no plano do direito internacional dos direitos humanos; afastarei aquilo a que designei de “lição americana”, por estar essencialmente centrado na especificidade da Constituição<sup>14</sup>; aproveitarei a aí designada “lição alemã”, mas também sem considerar os princípios de interpretação constitucional<sup>15</sup> que em geral, talvez salvo um, não servem aos direitos humanos.

5.1. Dentro das duas balizas da percepção da “complexidade” e do compromisso com uma “dogmática responsável”, a inclinação de partida pela *metódica estruturante* (partilhada também por autores como Gomes Canotilho, Paulo Bonavides ou Marcelo Neves)<sup>16</sup>, obrigou-nos a esclarecer o sentido de três das premissas básicas desse modelo teórico<sup>17</sup>:

- (i) A primeira ou uma das primeiras premissas é a não-identidade – e por consequência a distinção a fazer – entre norma e enunciado: *enunciado* (ou disposição) é a formulação textual que se apresenta numa fonte de direito (ou texto normativo); *norma* “é o sentido ou significado adscrito a qualquer

---

<sup>12</sup> Mauricio Beuchot, *Interculturalidad y derechos humanos*, México, Siglo XXI editores, 2005; Joaquín Herrera Flores, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Madrid, Los Libros de la Catarata, 2005.

<sup>13</sup> J. Melo Alexandrino, «Como ler a Constituição...», pp. 503 ss.

<sup>14</sup> *Ibidem*, pp. 507 ss.

<sup>15</sup> *Ibidem*, pp. 515 ss.

<sup>16</sup> Assim também, Elival da Silva Ramos, *Ativismo Judicial*, São Paulo, Saraiva, 2010, pp. 77-88.

<sup>17</sup> J. Melo Alexandrino, «Como ler a Constituição...», pp. 504-505, com as demais indicações.

disposição (ou a um fragmento de disposição, combinação de disposições, combinações de fragmentos de disposições)”<sup>18</sup>;

- (ii) A segunda traduz-se no conceito de “norma constitucional”: por norma constitucional entende-se “um modelo de *ordenação* juridicamente vinculante, positivado na Constituição e orientado para uma concretização material e constituído: (1) por uma medida de ordenação expressa através de enunciados linguísticos (*programa normativo*); (2) por uma constelação de dados reais (*sector ou domínio normativo*)”<sup>19</sup>;
- (iii) A terceira tem a ver com o carácter central da distinção entre o programa normativo (*Normprogramm*) e o domínio normativo (*Normbereich*), pois é a consideração e a posterior coordenação desses dois planos (dos *dados linguísticos* e dos *dados reais*) que torna possível a concretização normativa, isto é, o nível paradigmático da interpretação constitucional.

Por seu lado, no quadro de uma abertura a uma pluralidade de intérpretes<sup>20</sup>, admitimos a possibilidade de considerar diversos níveis operativos de interpretação, nomeadamente: (1) um nível mais amplo ou sociológico, em que seja admitido o público em geral e em que estejam em aberto tanto os pontos de vista como os pressupostos da interpretação; (2) um nível *intermédio* ou técnico-jurídico (porque centrado no esclarecimento do programa normativo), reservado em princípio ao intérprete qualificado; e (3) um nível estrito (a *concretização*), a realizar sobretudo pelos tribunais, tendo como *pressupostos* específicos o problema e a pré-compreensão do intérprete, como *procedimento* o “ir e vir” entre as indicações do programa normativo e do domínio normativo e como *resultado* uma regra de decisão.

5.2. Notámos seguidamente, nessa lição alemã personificada no magistério do Professor Konrad Hesse, atravessamentos do *método jurídico*, da *hermenêutica filosófica* e da *metódica normativo-estruturante* em sentido estrito<sup>21</sup>.

Segundo Konrad Hesse, a doutrina tradicional da hermenêutica jurídica ou método jurídico não serve à Constituição [e poderíamos nós acrescentar: ao Direito

---

<sup>18</sup> J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 1202.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 1202 [itálicos originais].

<sup>20</sup> Por último, Paulo Otero, *Direito Constitucional Português*, vol. I – *Identidade constitucional*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 189 ss.

<sup>21</sup> J. Melo Alexandrino, «Como ler a Constituição...», p. 512, com indicações.



internacional dos direitos humanos], na medida em que a mesma procura identificar uma vontade (objectiva ou subjectiva) da norma<sup>22</sup>: assente no dogma da vontade, ela não serve porque, nos casos duvidosos, “a Constituição ou o constituinte, na verdade, ainda não decidiram nada; forneceram apenas, em maior ou menor número, alguns pontos de apoio incompletos para uma decisão”<sup>23</sup>; ora, onde nada de unívoco foi querido, nenhuma vontade real pode ser averiguada e, neste sentido, quem procura a vontade objectiva ou subjectiva do constituinte falha a problemática da interpretação constitucional<sup>24</sup>.

Compreende-se por isso, prossegue Konrad Hesse, que o Tribunal Constitucional (apesar de se ter expressamente declarado partidário dos elementos tradicionais de interpretação) tenha começado a fazer apelo a outros tópicos (tais como: “melhor correspondência com a decisão de valores da Constituição”, “sentido do aperfeiçoamento dos princípios da lei fundamental”, “princípio da distribuição de competências”, “princípio da unidade da constituição”, “consideração das conexões políticas, sociológicas, históricas e dos pontos de vista da adequação do resultado”)<sup>25</sup>, o que significa que as regras de interpretação tradicionais não fornecem uma explicação suficiente<sup>26</sup>.

Ora, a chave para resolver o problema da interpretação constitucional foi em boa medida apresentada pela hermenêutica filosófica (por obra sobretudo de Gadamer): a interpretação da Constituição é concretização<sup>27</sup>; neste sentido, aquilo que ainda não é unívoco deve ser determinado mediante a inclusão da realidade a regular, havendo então a esclarecer (i) quais são as *condições da interpretação* e (ii) qual o *processo* (ou procedimento) a que deve obedecer a concretização.

5.2.1. Para que a concretização possa ocorrer têm de se verificar pelo menos duas condições<sup>28</sup>: *em primeiro lugar*, o intérprete só pode compreender o conteúdo da norma numa situação histórica concreta, na qual ele se encontra; o intérprete entende a norma com a sua pré-compreensão e é esse seu anteprojecto ou hipótese de leitura da norma que deve vir, depois, a ser objecto de confirmação, correcção ou revisão; esta tarefa, a

---

<sup>22</sup> Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20.<sup>a</sup> ed., Heidelberg, C. F. Müller, reimp., 1999, pp. 22-24.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>25</sup> *Ibidem*, pp. 23 s.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 24 (número de margem 60).

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 25 (números de margem 62-65).

realizar nos quadros de uma adequada teoria da constituição, exige naturalmente uma fundamentação da pré-compreensão<sup>29</sup>; *em segundo lugar*, o intérprete deve relacionar a norma com um problema concreto – neste sentido, não existe interpretação independentemente do problema concreto<sup>30</sup>.

Deste conjunto de condições resulta uma tripla vinculação do intérprete: à *norma* a ser concretizada, à *pré-compreensão* e ao *problema concreto*.

5.2.2. Quanto ao processo da concretização, podem arrolar-se os seguintes tópicos<sup>31</sup>: (1) o intérprete, na sua marcha a favor ou contra o seu anteprojecto inicial, deve encontrar os *pontos de vista directivos* adequados ao caso; (2) são estes pontos de vista que contêm as premissas apropriadas (levando assim à exclusão dos *topoi* não-apropriados); (3) na escolha desses pontos de vista, o intérprete está particularmente vinculado à compreensão do que a norma a concretizar lhe fornece, ou seja, ao programa normativo e ao domínio normativo; (4) quanto ao “programa normativo”, estando ele essencialmente contido no *texto da norma*, ganham aí destaque para a compreensão do respectivo significado os métodos de interpretação e, uma vez considerados esses pontos de vista, o intérprete pode ter de recorrer ainda aos precedentes de casos análogos e ao apoio fornecido pela dogmática constitucional; (5) porém, uma vez que em muitos casos a mera interpretação do texto ainda não possibilita a concretização, é preciso então indagar os pontos de vista fornecidos pelo “domínio normativo” (ou seja, pela *realidade da vida* objecto de ordenação); (6) desse procedimento vem a resultar uma coordenação material entre os pontos de vista que resultam do *texto e do programa normativo* com os pontos de vista que resultam da observação dos *âmbitos da realidade* objecto de regulação<sup>32</sup>.

5.3. Em suma, à luz desta extraordinária lição, a resolução de um problema hermenêutico de direitos humanos terá necessariamente de considerar sucessiva e articuladamente, além das regras gerais e especiais de interpretação das normas de Direito internacional (v. *infra*, n.º 6), o plano das condições da concretização e o plano do procedimento da concretização:

---

<sup>29</sup> Procurando dirigir o olhar para as “próprias coisas”, o intérprete deve proteger-se particularmente da superficialidade, do arbítrio e da estreiteza de formas de pensar (*ibidem*).

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 25 (número de margem 64).

<sup>31</sup> *Ibidem*, pp. 26 s. (números de margem 66-69).

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 27 (número de margem 69).

- (i) No plano das *condições* da concretização, a primeira etapa consiste na identificação da solução entrevista por um determinado intérprete (histórica e concretamente situado), segundo o anteprojecto de solução que ele concebeu (a partir de uma pré-compreensão fundamentada no texto e no contexto da norma a interpretar);
- (ii) No segundo desses planos (o do *procedimento*), bem arrimado no texto da norma, o intérprete deve começar por escolher os pontos de vista apropriados que o hão-de orientar; munido desses pontos de vista e depois de percorrer os vários elementos de interpretação (atento aí às regras da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados), ele pode já ter conseguido chegar a uma concretização precisa; se assim não suceder, deve então prosseguir, investigando outros eventuais pontos de apoio junto da dogmática e da jurisprudência internacional; persistindo ainda dúvidas relevantes, o intérprete deve passar à indagação de cada um dos domínios da realidade em presença e estabelecer depois uma coordenação entre esses sucessivos pontos de vista com o resultado dos pontos de vista emergentes da análise do programa normativo<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Com outros desenvolvimentos, à luz dos três casos aí considerados, J. Melo Alexandrino, «Como ler a Constituição...», pp. 517 ss.

## § 2.º

### *A hermenêutica dos direitos humanos como “trabalho do jurista”*

#### **6. Regras de interpretação reconhecidas no plano jusinternacional**

Se para o intérprete o ponto de partida deve ser dado pelos textos, respeitaremos aqui essa ideia. Ora, o Direito internacional público prescreve um conjunto de regras gerais<sup>34</sup> aplicáveis à interpretação das normas de tratados<sup>35</sup> (que são afinal as normas que de forma dominante enunciam os direitos humanos, quer no plano universal, quer no plano regional), havendo ainda a contar com regras de outra proveniência (gênese jurisprudencial).

6.1. Segundo o artigo 31.º, n.º 1, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, “Um tratado deve ser interpretado de boa fé, segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado no seu contexto e à luz dos respectivos objecto e fim”; o n.º 2 esclarece-nos sobre o âmbito da noção de “contexto”, dizendo que o mesmo compreende, (1) além do texto, (2) o preâmbulo, (3) os anexos, (4) qualquer acordo celebrado pelas partes na altura da conclusão do tratado e (5) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes na ocasião da conclusão e aceite pelas demais; o n.º 3 dispõe que, juntamente com o contexto, são tidos em consideração acordos ulteriores, a prática seguida na aplicação, bem como qualquer regra pertinente de Direito internacional aplicável à relação entre as partes.

O artigo 32.º refere-se, por seu turno, aos meios complementares de interpretação, a saber, os trabalhos preparatórios e as circunstâncias em que foi concluído o tratado, os quais têm uma utilização limitada e subsidiária; e o artigo 33.º contém um conjunto de regras relativas à interpretação de tratados feitos em duas ou mais línguas.

---

<sup>34</sup> São elas as regras previstas nos artigos 31.º a 33.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, assinada em 23 de Maio de 1969.

<sup>35</sup> Além destas, é frequente a existência de regras particulares de interpretação insertas num tratado em concreto: assim, por exemplo, o artigo 30.º da DUDH, os artigos 46.º e 47.º do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, os artigos 24.º e 25.º do Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, o artigo 17.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, os artigos 29.º e 31.º da Convenção Americana dos Direitos do Homem ou os artigos 60.º e 61.º da Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos.

Relativamente a este conjunto de regras<sup>36</sup>, poderemos identificar diversas especialidades: (i) a noção de sentido comum dos termos (apontando para uma ideia de consensualidade); (ii) a invocação do parâmetro da boa fé, sobre o qual na doutrina internacionalista existem as mais diversas orientações (desde a orientação tradicional<sup>37</sup>, à tese negativista e às teses as que o identificam com a razoabilidade ou com o abuso de direito)<sup>38</sup>; (iii) a existência de uma noção própria de “contexto” (e assim do elemento sistemático); (iv) uma relativa valorização dos preâmbulos e dos anexos, bem como uma relativa desvalorização do elemento histórico (artigo 32.º); (iv) e, finalmente, a existência de regras específicas para os tratados plurilinguísticos (artigo 33.º).

6.2. No entanto, se nos aproximarmos da zona dos direitos humanos, há também certos princípios e regras que resultam da prática jurisprudencial, como é o caso, no âmbito do sistema europeu de tutela dos direitos humanos, dos seguintes parâmetros e princípios: o princípio da *interpretação teleológica e evolutiva* (a Convenção Europeia dos Direitos do Homem é entendida como um instrumento vivo, a interpretar à luz das condições da actualidade e sensível à mudança social); o princípio da *efectividade* (designadamente pelo reconhecimento de que, mesmo sem isso estar expressamente referido no texto, repousa sobre o Estado a obrigação de adoptar medidas positivas, com projecção organizativa e muitas vezes com projecção na ordem económica e social); o princípio da *interpretação restritiva das restrições* (tendo em conta que uma limitação não pode pôr em causa a substância do direito, cujo conteúdo concreto é definido pelo Tribunal, que indaga ainda dos requisitos dessas limitações)<sup>39</sup>; emergente da ideia de subsidiariedade, o reconhecimento de uma *margem de apreciação conferida aos Estados*, em matéria de configuração de certos direitos (por exemplo, direitos processuais ou direitos a protecção) ou em matéria de introdução de restrições, na

---

<sup>36</sup> Entre nós, cfr. Eduardo Correia Baptista, *Direito Internacional Público – Conceito e fontes*, vol. I, Lisboa, Lex, 1998, pp. 253 ss.; Luís Barbosa Rodrigues, *A Interpretação de Tratados Internacionais*, 2.ª ed., Lisboa, AAFDL, pp. 76 ss., 152 ss.; Jónatas Machado, *Direito Internacional Público...*, pp. 330 ss.; Jorge Miranda, *Curso de Direito Internacional Público*, 4.ª ed., Parede, Principia, 2009, pp. 129 ss.

<sup>37</sup> Que a que o reconduzia essencialmente a quatro elementos (efeito útil, não poder conduzir ao absurdo, efeitos implícitos e regra do *contra preferentem*).

<sup>38</sup> Pela nossa parte, parece-nos que a boa fé, neste artigo 31.º, se deve definir essencialmente pela função: trata-se de um mecanismo de controlo do processo hermenêutico, que funciona como referência simbólica unificadora neste específico domínio das relações internacionais (e, ainda assim, pode desenvolver um papel relevante: por exemplo, a interpretação dos termos de um tratado não deve em princípio conduzir a um conflito insanável com outros deveres internacionais do Estado).

<sup>39</sup> Diga-se que este princípio releva particularmente do facto de existir um nítido desfasamento do texto da Convenção, que tolerava em 1950 um conjunto de restrições que hoje se reputariam inadmissíveis, podendo também servir aqui de orientação os comentários gerais do Comité de Direitos Humanos da ONU, nomeadamente o comentário geral n.º 10, de 26 de Junho de 1983 (sobre a liberdade de expressão).

medida em que se admite que o Estado conhece melhor as condições locais e as circunstâncias de aplicação da Convenção (ainda que com limites)<sup>40</sup>.

## 7. Quatro distinções inerentes à tarefa do jurista

Fazendo nosso o conselho de Wittgenstein – dado a si mesmo, a propósito da condição da linguagem (“uma imensa rede de caminhos transviados facilmente acessíveis”)<sup>41</sup> –, segundo o qual [o que temos de fazer é] “erigir postes de sinalização em todas as bifurcações em que há caminhos errados, de modo a ajudar as pessoas perto dos locais perigosos”<sup>42</sup>, convém que o jurista proceda por uma via demarcada com um conjunto de distinções se quiser penetrar e orientar-se no emaranhado novelo dos direitos humanos.

### 7.1. A distinção entre disposições, normas e direitos

A primeira distinção fundamental a reter por esse jurista é a distinção entre disposições, normas e direitos<sup>43</sup>: disposições são os enunciados linguísticos; normas são realidades jurídicas portadoras de um dever ser; direitos são estruturas jurídicas, assentes numa norma.

A norma não se confunde com o enunciado: pode haver enunciados sem norma ou que dão lugar a várias normas; pode haver normas que decorrem de vários enunciados; e pode haver normas sem enunciados (normas de costume, desde logo).

---

<sup>40</sup> Sobre a matéria, Olivier Jacot-Guillarmod, «Règles, méthodes et principes d’interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme», in Louis-Edmond Pettiti / Emmanuel Decaux / Pierre-Henri Imbert, *La Convention européenne des droits de l’homme. Commentaire article par article*, 2.<sup>a</sup> ed., Paris, Economica, 1999, pp. 41-63; Ana Maria Guerra Martins, *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 196 ss.

<sup>41</sup> Ludwig Wittgenstein, *Culture and Value* (1980), trad. de Jorge Mendes, *Cultura e Valor*, Lisboa, Edições 70, 1996, p. 35 (fragmento de 1931).

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>43</sup> Em rigor, a paisagem dos direitos humanos exigiria ulteriores distinções ainda mais abrangentes, envolvendo designadamente os seguintes termos: (i) as *funções* do direito humano em apreciação; (ii) o *direito* (com os correspondentes direitos menores); (iii) o *conteúdo principal* e o *conteúdo secundário* do direito; (iv) as diversas *obrigações* decorrentes do direito; (v) as diversas hipóteses de *afecção* ou violação do direito.

Se tomado o exemplo do direito à educação (artigo 13.º do Pacto de 1966), encontraremos esses vários termos bem presentes nos sucessivos parágrafos do Comentário Geral n.º 14 do Comité de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, de 8 de Dezembro de 1999 [EC-12/1999/10].

Tão-pouco, os direitos se confundem com as normas: ainda que na base de um direito exista sempre a norma que o enuncia<sup>44</sup>, nem sempre uma norma enuncia direitos; uma norma pode enunciar direitos e ainda efeitos de outra ordem (obrigações e proibições, designadamente), etc.

Ora, é justamente aqui que reside uma das dificuldades do tema da hermenêutica dos direitos humanos: é que a hermenêutica terá muito a ver com os enunciados ou textos (que o diga a teologia) e com as normas (que o diga a jurisprudência analítica), mas muito pouco a ver com direitos – o problema dos direitos humanos não é tanto o da hermenêutica, mas sim o da realização e da tutela, ou seja, o plano estrito da aplicação.

## 7.2. A distinção entre direitos e pretensões

Uma segunda distinção é a distinção entre direitos e pretensões.

Um direito humano, quando nos aparece nas declarações e nos tratados surge em regra como um *direito como um todo* (como situação jurídica compreensiva)<sup>45</sup>. Dentro desse direito maior ou complexo, podem então identificar-se direitos menores (as pretensões ou faculdades que formam o conteúdo do direito)<sup>46</sup> e ainda outros efeitos jurídicos.

O direito à vida, a liberdade de expressão, o direito à educação previstos nos diversos tratados surgem aí como *direitos maiores*; é o jurista que depois saberá identificar uma série mais ou menos alargada de *direitos menores*: o direito a não ser morto, o direito a ser protegido de agressões de terceiros, o direito a que o homicida seja perseguido e a que o homicídio seja investigado, etc., no caso do direito à vida; a liberdade de opinião, os direitos de informar, de recolher informação e de ser informado, o direito de acesso aos meios de informação, o direito a uma certa organização pluralista do serviço público, a liberdade de imprensa e todos os seus direitos menores, etc., no caso da liberdade de expressão; o direito de acesso ao ensino elementar, o direito a não ser discriminado no acesso à escola, a liberdade de escolha da escola, a liberdade de orientação filosófica e religiosa da educação dos filhos, as

---

<sup>44</sup> Para um aprofundamento da relação entre normas e direitos, David Duarte, *A Norma da Legalidade Procedimental Administrativa – A teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade administrativa*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 723 ss.

<sup>45</sup> Sobre o conceito, José de Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais – Introdução Geral*, Estoril, Principia, 2007, pp. 23 ss.

<sup>46</sup> Sobre esta distinção, Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais – Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 34-35, 43, 63.

liberdades académicas, o direito a prestações públicas de ensino, etc., no caso do direito à educação. E assim sucessivamente.

A primeira dimensão é essencialmente política, jurídico-positiva e também moral; a segunda dimensão está reservada à ciência do direito e à conseqüente operação pelos tribunais e demais aplicadores.

### 7.3 A distinção entre direitos enunciados em regras e direitos enunciados em princípios

Uma terceira e importante distinção é a distinção entre direitos enunciados em regras e direitos enunciados em princípios<sup>47</sup>.

Pela sua maior abstracção, os direitos humanos são normalmente enunciados em normas princípio, mas não está excluída a existência de regras (vejam-se os direitos enunciados nos artigos 4.º, 6.º, 11.º, n.º 2, 20.º, n.º 2, 26.º, n.º 3, da Declaração Universal do Direitos do Homem).

Todos conhecem a distinção entre regras e princípios, a despeito da dificuldade de a estabelecer, pois, como é sabido, além da existência de diversas teorias, que propõem uma distinção forte (Dworkin, Sieckman, Alexy), uma distinção débil (Joseph Raz) ou negam a possibilidade de distinção (Aulis Aarnio, por exemplo), há duas linhas de orientação relativamente distintas: uma linha de orientação tradicional e outra estrutural.

As concepções *tradicionais* têm uma função essencialmente heurística e baseiam-se em critérios materiais ou funcionais: a importância da norma, a fundamentalidade dos bens, valores ou interesses tutelados pela norma, o grau de abstracção, etc.; as concepções *estruturais* têm uma função teórica e baseiam-se num critério lógico: o critério da estrutura das normas.

Fixando-nos nas *concepções estruturais*, a proposta de Robert Alexy tornou-se por assim dizer a forma de distinção paradigmática nos últimos trinta e cinco anos, podendo nela destacar três aspectos fundamentais:

- (i) Os princípios são normas que exigem que alguma coisa se realize na maior medida possível, dentro das possibilidades fácticas e jurídicas existentes; os princípios são por isso comandos de optimização (*Optimierungsgebote*)

---

<sup>47</sup> Sobre este tópico, por último, J. Reis Novais, *Direitos Sociais...*, pp. 269 ss.



susceptíveis de preenchimento em graus diversos. Já as regras são normas que ou se preenchem ou não se preenchem, sendo aplicáveis em termos de tudo ou nada (*all or nothing fashion*);

- (ii) Em segundo lugar, os princípios apresentam um outro traço distintivo, que consiste numa específica dimensão de peso, força ou importância: isso mostra-se particularmente nas situações de colisão entre princípios, situações que são normais e que dão origem não a problemas de validade, mas sim de eficácia. Pelo contrário, se duas regras entram em conflito num caso concreto, uma delas é necessariamente inválida;
- (iii) Em terceiro lugar, a operação em que se vem a estabelecer a prevalência de um princípio sobre outro num caso concreto envolve necessariamente uma pesagem, uma ponderação, à qual se chega através das circunstâncias do caso. Pelo contrário, as regras não requerem ponderação, mas sim subsunção: verificada a previsão da norma, segue-se a consequência jurídica<sup>48</sup>.

Em suma: as *regras* estatuem algo em termos definitivos, sem qualquer excepção (daí um *direito definitivo*); já os *princípios* exigem a realização de algo da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas (daí um *direito prima facie*).

#### 7.4. A distinção entre definição do direito e limitação do direito

Por último, há a considerar a distinção entre o plano que corresponde à definição do direito e o plano da limitação do direito. A hermenêutica dos direitos humanos é aí valiosa tanto no primeiro como no segundo.

No primeiro é valiosa, porque a definição do direito importa o conhecimento dos textos, da história e dos precedentes, e cada um desses dados precisa de ser compreendido; essa definição, não prescindindo da interpretação feita num plano abstracto pode levar ao estabelecimento de categorias ou *standards* (standardização), muito úteis depois na fase da aplicação – em todo o caso, não há definição do direito

---

<sup>48</sup> Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 2.<sup>a</sup> ed., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994, pp. 71 ss., 88 ss., 123 s.

sem interpretação<sup>49</sup> e, como vimos, esta não está isenta de ter de descer ao diálogo com o domínio normativo, ou seja, com a esfera da realidade social protegida pela norma (v. *supra*, n.º 5.2.).

No segundo plano, também se requer a interpretação, designadamente das cláusulas que habilitam a restrição, das cláusulas que definem os requisitos aplicáveis e não menos das normas que justificam materialmente essas restrições e das próprias regras de controlo.

Tenho defendido aí a importância de três conceitos principais, os conceitos de limite, de restrição e de intervenção restritiva: (i) um *limite* é uma norma que, de forma duradoura, exclui directamente âmbitos ou efeitos de protecção ou que é fundamento susceptível de afectar as possibilidades de realização de outras normas de direitos humanos; (ii) uma *restrição* é uma acção normativa que afecta desfavoravelmente o conteúdo ou o efeito de protecção de um direito humano previamente delimitado; (iii) uma *intervenção restritiva* é uma actuação agressiva sobre um bem protegido de um direito humano feita através de um acto imediatamente incidente sobre uma posição jurídica concreta<sup>50</sup>.

No Direito internacional público, sobretudo na Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos, há a considerar ainda o sugestivo conceito de *clawback clauses* (uma espécie de § 2.º do artigo 8.º da Constituição portuguesa de 1933)<sup>51</sup>.

## 8. Especificidades dos direitos humanos sujeitos a determinadas reservas

Até agora referimo-nos aos direitos humanos em geral.

Na verdade, a minha intenção foi a de que estas quatro distinções fossem aproveitáveis não só para os vários tipos de direitos humanos (cívicos e políticos, económicos, sociais e culturais e de última geração), mas para todos os tipos de direitos da pessoa humana, nomeadamente para os direitos fundamentais (enunciados nas Constituições) ou para os direitos de personalidade (enunciados designadamente no Código Civil, no Código do Trabalho e em diversas outras leis internas e convenções internacionais).

---

<sup>49</sup> José de Melo Alexandrino, *estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*, vol. II – *A construção dogmática*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 420 ss., 481 s.

<sup>50</sup> Com adaptações, J. Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, pp. 112, 114, 115-116.

<sup>51</sup> Sandhiya Singh, *The impact of clawback clauses on human and peoples' rights in Africa*, texto disponível em < <http://www.informaworld.com/smpp/content~db=all~content=a924685049~frm=abslink> >.

8.1. O que pretendo neste momento é outra coisa: é assinalar que certos direitos humanos (e também certos direitos fundamentais) são direitos cuja configuração não está puramente dependente de uma interpretação jurídica da respectivas normas enunciadoras (ou das normas internas que as complementem).

Estou a pensar essencialmente em dois tipos de figuras: (i) em direitos ou dimensões de direitos dependentes de *opções políticas*; e (ii) em direitos ou dimensões de direitos dependentes não só de opções políticas como também de *disponibilidades financeiras* do Estado.

No primeiro caso, encontramos os chamados *direitos a protecção* e os direitos a organização e procedimento, que se podem situar no âmbito de um qualquer direito humano entendido como um todo: havendo várias formas de proteger o direito à vida ou o direito à educação, o Estado tem uma relativa margem de escolha das formas que pretende dar a essa protecção. Fala aqui a doutrina em *reserva do politicamente adequado*<sup>52</sup> (sem prejuízo da obrigação de garantir uma suficiente e adequada protecção).

No segundo caso, encontramos os nossos bem conhecidos direitos económicos, sociais e culturais, cujo conteúdo principal não é nem pode ser dado imediatamente pelas normas de direitos humanos. Fala aqui a doutrina em *reserva do possível*<sup>53</sup> (sem prejuízo da vinculação à realização do direito, ainda que essa realização se mostre dependente de uma definição política de prioridades e da capacidade financeira de prestação).

8.2. A respeito destes direitos sociais, permitam-se trazer aqui a caracterização feita recentemente por Jorge Reis Novais, autor para o qual, num primeiro plano, os mesmos apresentam duas características comuns e decisivas: (i) o respectivo objecto de protecção respeita ao acesso individual a bens de natureza económica, social e cultural absolutamente indispensáveis a uma vida digna; (ii) há depois a particularidade de se tratar de bens escassos, *custosos*, a que os indivíduos só conseguem aceder se dispuserem, eles próprios, por si ou pelas instituições em que se integrem, de suficientes recursos financeiros ou se obtiverem ajuda ou as correspondentes prestações da parte do Estado<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> J. Reis Novais, *Direitos Sociais...*, pp. 132, 139, 149 s., 152, 172 s. e *passim*.

<sup>53</sup> J. Reis Novais, *Direitos Sociais...*, pp. 89 ss. e *passim*.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 41.

Num segundo momento, a clarificação do conceito de direitos sociais requer ainda outros elementos técnico-jurídicos<sup>55</sup>: *antes de mais*, na definição de direito social pressupõe-se o domínio da distinção entre norma e enunciado, cabendo à doutrina e à jurisprudência extrair o sentido normativo de cada enunciado; em *segundo lugar*, quando se qualifica um direito como social, “estamos a considerar a dimensão principal do direito ou o direito a título principal”<sup>56</sup>; em *terceiro lugar*, estes direitos envolvem um requisito essencial, que é o seguinte: “o Estado tem de dispor e poder dispor dos correspondentes recursos financeiros objectivamente exigidos para a realização destes direitos”<sup>57</sup>, de onde decorre a consequência lógica de que, numa situação de escassez de recursos, “a realização dos direitos sociais envolve uma definição de prioridades, de opções políticas, acerca da canalização dos recursos disponíveis, mas pressupõe também, ainda, os necessários gradualismo e flexibilidade de realização”<sup>58</sup>; em *quarto lugar*, nos direitos sociais como um todo tanto se encontram direitos negativos como direitos positivos face ao Estado: nesse plano, os direitos sociais envolvem também “direitos ou deveres de o Estado não interferir ou não afectar negativamente o acesso já garantido, subjectivado ou não, a tais bens”<sup>59</sup>.

Estando assim os direitos sociais, na sua dimensão principal, sujeitos a uma reserva do financeiramente possível, com repercussões significativas quantos às margens de decisão e de apreciação que cabem ao legislador democrático e ao poder judicial<sup>60</sup>, não podemos deixar de notar um conjunto de características comuns, quer a respeito das várias funções de defesa, protecção e prestação, quer a respeito dos correspondentes deveres estatais de respeitar, proteger e promover<sup>61</sup>.

## 9. Reflexões finais sobre algumas hipóteses de “auxiliares hermenêuticos”

Para encerrar, é altura agora de nos perguntarmos se não será possível identificar um conjunto de outros princípios capazes de auxiliar o jurista na compreensão dos

---

<sup>55</sup> *Ibidem*, pp. 45-64.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>60</sup> *Ibidem*, pp. 253-254.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 264.

direitos humanos (afastando naturalmente a questão, bem diferente, da função dos direitos humanos na interpretação das normas de Direito internacional)<sup>62</sup>.

Não faltam candidatos<sup>63</sup>.

Vou arrolar apenas os seguintes cinco: (1.º) princípio da *universalidade* dos direitos humanos; (2.º) princípio da *indivisibilidade* dos direitos humanos; (3.º) princípio da *proibição do retrocesso*; (4.º) princípio da *interpretação conforme à Declaração Universal do Direitos do Homem*; (5.º) princípio da *interpretação conforme às declarações e aos comentários gerais*.

(i) Quanto ao primeiro candidato (o princípio da *universalidade*), posso dizer desde já que é o que levanta maiores dificuldades à hermenêutica dos direitos humanos, quando vista pelos prismas da Filosofia, das Ciências da Cultura ou da Sociologia, na medida em que, pelo menos para a generalidade dos direitos humanos, o princípio da universalidade parece ser expressão de uma concepção não-universal desses direitos<sup>64</sup>.

No entanto, entendo que a universalidade pode servir a dois níveis, no plano jurídico: para assinalar uma característica inerente aos direitos humanos, segundo uma concepção que representa um ideal comum (solenemente proclamado em 1948); e para funcionar como presunção, no sentido da extensão da titularidade, exigindo um reforço argumentativo para que pretenda fazer valer a tese contrária<sup>65</sup>.

(ii) Quanto ao segundo candidato, procurei demonstrar recentemente que o princípio da *indivisibilidade* dos direitos humanos tem razão de ser no plano moral e político, mas escassa utilidade no plano jurídico, terminando com estas palavras: “quando delas se esperem consequências jurídicas relevantes, são *erróneas e ilusórias* as concepções que reclamem uma “importância igual” para todos os direitos do homem, (1) não só por eludirem a diferente gravidade dos males a combater e a diferente urgência das necessidades a atender, (2) como por atingirem a ordem de prioridades determinadas no plano moral e decididas no plano político, (3) como ainda por se furtarem à correspondente responsabilização pelos resultados obtidos”<sup>66</sup>.

---

<sup>62</sup> Jónatas Machado, *Direito Internacional Público...*, pp. 343-344.

<sup>63</sup> Com alguns exemplos, Jónatas Machado, *Direito Internacional Público...*, pp. 344 ss.

<sup>64</sup> Boaventura Sousa Santos, «Por uma concepção multicultural...», pp. 23 ss.

<sup>65</sup> Há aqui uma evidente aproximação à função que essa cláusula desempenha no plano interno (cfr. J. Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, pp. 65 ss.).

<sup>66</sup> J. Melo Alexandrino, *A indivisibilidade dos direitos do homem...*, p. 21.

(iii) Quanto ao princípio da *proibição do retrocesso*, são, também como sabem, múltiplas as posições existentes na doutrina<sup>67</sup>.

No meu entender, toda a fixidez é nociva, desde logo por ser anti-histórica e anti-cultural: a história é movimento incessante, a cultura pressupõe interacção e conflito<sup>68</sup>; demais, mesmo as normas de *jus cogens* não são intangíveis, uma vez que podem ser modificadas por outras normas de *jus cogens* (artigo 53.º da Convenção de Viena); em terceiro lugar, poucos autores terão recusado a ideia de proibição do retrocesso com base na necessidade de distribuição dos bens entre as nações, ou seja, por razões de direitos humanos<sup>69</sup>.

(iv) Já o princípio da *interpretação conforme à Declaração Universal do Direitos do Homem* tem o seu interesse, por ser um princípio comum à generalidade dos países lusófonos.

Mas, sendo uma regra do Direito comum lusófono, não parece que a mesma deva ser considerada no plano do Direito internacional dos direitos do homem, a começar pelo plano europeu: por um lado, porque não teria muito sentido, face à protecção mais forte que deve decorrer logicamente da existência de sistemas regionais; em segundo lugar, pelo facto de os sistemas regionais, particularmente o europeu, serem orgulhosos da sua autonomia; em terceiro lugar, porque o padrão a que usualmente se faz referência não é à Declaração Universal do Direitos do Homem, mas sim à dita “Carta Internacional dos Direitos Humanos” (que envolve ainda os dois pactos de 1966), o que só agravaria as dificuldades jurídicas.

Todavia, pela sua expressão histórica e dimensão simbólica, tal como provam as experiências dos ordenamentos lusófonos, faz sentido a invocação da Declaração Universal do Direitos do Homem em cenário de grave perigo ou défice de protecção da pessoa humana.

(v) Por fim, o princípio da *interpretação conforme às declarações<sup>70</sup> e aos comentários gerais<sup>71</sup>*, à luz do sistema de fontes do Direito internacional, pode ser tido

---

<sup>67</sup> Para uma concepção matizada, Paulo Otero, *Instituições Políticas...*, pp. 595 ss.

<sup>68</sup> Por todos, mais uma vez, T. S. Eliot, *Notas para uma definição de Cultura*, pp. 27, 67 ss., 70.

<sup>69</sup> Porém, nesse sentido, J. Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 148.

<sup>70</sup> De facto, não vai mais longe, nesta parte, o alcance do citado Parecer OC-10/89 do Tribunal Americano de Direitos do Homem (respectivos n.ºs 43 a 47), a respeito da Declaração Americana de Direitos do Homem.

<sup>71</sup> É também importante ter em conta a génese e a função específica dos comentários gerais adoptados pelos Comités das Nações Unidas: por um lado, eles surgem essencialmente da experiência colhida na apreciação dos relatórios enviados pelos Estados; por outro, a sua função principal é a de auxiliar os Estados no que respeita ao

em consideração pelo menos a três níveis: como prática ulteriormente seguida [artigo 31.º, n.º 3, alínea *b*), da Convenção de Viena]; como elemento material de uma eventual norma costumeira em formação; e como fonte auxiliar de Direito internacional [artigo 38.º, n.º 1, alínea *d*), do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça ou artigo 31.º, n.º 1, alínea *e*), do Estatuto do Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos<sup>72</sup>].

---

conhecimento do âmbito dos direitos, à natureza e extensão das obrigações assumidas e às hipóteses de violação ou de outras afectações mais relevantes (*situações típicas de perigo* de direitos humanos).

<sup>72</sup> Estatuto aprovado pelo Protocolo adoptado em 1 de Julho de 2008, na 11.ª sessão ordinária da Assembleia da União Africana, em Sharm El-Sheik (texto acessível em <<http://www.africa-union.org/root/au/documents/treaties/text/Protocol%20on%20the%20Merged%20Court%20-%20EN.pdf>>).