



Universidades Lusíada

Rodrigues, Luís Manuel Barbosa, 1962-

Nótula crítica sobre a hodierna involução dos direitos fundamentais e dos direitos humanos

<http://hdl.handle.net/11067/6603>

<https://doi.org/10.34628/6f0g-5963>

Metadados

Data de Publicação	2020
Resumo	<p>O presente estudo visa identificar algumas das mais relevantes ameaças contemporâneas à preservação do núcleo essencial dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos....</p> <p>The present study aims to identify some of the most relevant contemporary threats to the subsistence of the essential core of Human Rights and Fundamental Rights....</p>
Palavras Chave	Direitos fundamentais, Direitos humanos
Tipo	article
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULL-FD] LD, s. 2, n. 23-24 (2020)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-28T12:29:27Z com informação proveniente do Repositório

**NÓTULA CRÍTICA
SOBRE A HODIERNA INVOLUÇÃO
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
E DOS DIREITOS HUMANOS**

*CRITICAL NOTICE
ON THE CURRENT INVOLUTION
OF FUNDAMENTAL RIGHTS
AND HUMAN RIGHTS*

L. Barbosa Rodrigues¹

Resumo: O presente estudo visa identificar algumas das mais relevantes ameaças contemporâneas à preservação do núcleo essencial dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos.

Palavras-chave: Banalização; relativização; especificação; securitização; socialização.

Abstract: The present study aims to identify some of the most relevant contemporary threats to the subsistence of the essential core of Human Rights and Fundamental Rights.

Keywords: Trivialization; relativization; specification; securitization; socialization.

¹ Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
Professor Associado das Faculdades de Direito das Universidades Lusíada

Sumário: 1. A banalização. 2. A relativização. 3. A especificação. 4. A securitarização. 5. A socialização. Bibliografia referencial.

1. A banalização

Em sede jurídico-pública, interna ou internacional, o que deve exigir-se não são mais Direitos Fundamentais, nem, tão-pouco, mais Direitos Humanos, mas sim, muito diversamente, melhores Direitos Fundamentais, e, também, melhores Direitos Humanos.

Não obstante, com a continuada afirmação dos designados direitos sociais e, nas últimas décadas, dos pretensos direitos inonimados – ou direitos de uma terceira ou de uma quarta geração – observa-se, exatamente, o inverso².

Um alargamento sem qualquer conexão visível com o originário Direito Natural³, com as indeclináveis valências da dignidade da pessoa humana, ou, sequer, com a própria pessoa humana⁴.

Um alargamento meramente quantitativo, incriterioso, incoerente, inconsistente e equalizador de valores que são, pela sua intrínseca natureza, rigorosamente desiguais⁵, ou mesmo, quiçá, com valores de todo inexistentes⁶.

Um alargamento prejudicial aos verdadeiros direitos subjetivos, os direitos de liberdade pessoais – sobretudo, os de personalidade – e os direitos de liberdade

² No mesmo sentido, Andrade, *Algumas reflexões...*, p. 122: “pan-jusfundamentalismo, que acaba por ser desmedido, empobrecedor e descaracterizador: invocam-se os direitos em demasia e fora de propósito”; Pinto; Campos, *op. cit.*, p. 499: “pan-jusfundamentalização”; e Nabais, *op. cit.*, p. 103: panconstitucionalização e novo-riquismo constitucional”; “o universo dos Direitos Fundamentais tem-se alargado e complexizado de tal modo que parece rumar mesmo ao infinito”.

³ Em sentido próximo, Gouveia, *Os Direitos Fundamentais atípicos*, p. 53: “nos dias de hoje, há um outro conjunto de Direitos Fundamentais, com uma crescente aceitação normativa e doutrinária, que não apresenta traços ou implicações ao nível do Direito Natural; ao invés, surgem como opções livres de cada comunidade política, que eleva à categoria de Direitos Fundamentais realidades sem qualquer transcendência, revelando os seus condicionalismos muito singulares”.

⁴ No mesmo sentido, Chorão, *op. cit.*, pp. 86 e 87: “conceções de cunho propriamente anti-pessoalista, que põem em causa o sujeito humano na sua natureza e dignidade, como as doutrinas materialistas e fenomenistas acerca da pessoa, o estruturalismo, as teses do radicalismo animalista e ecologista – como as de Peter Singer – que reivindicam encarniadamente pretensos direitos ‘infra-humanos’, ao mesmo tempo que contestam verdadeiros Direitos Fundamentais das pessoas”; e Nabais, *op. cit.*, p. 106: “dando mais um passo nessa verdadeira corrida a novos filões jusfundamentais e caminhando para fora do próprio universo da espécie humana, a camada dos direitos dos animais, ou mesmo a camada dos direitos das plantas, que traduziria uma solidariedade interespecies animais ou interespecies vivas”.

⁵ Em sentido diverso, Gouveia, *A afirmação...*, pp. 59 e 60: “período liberal”, “período social” e “período cultural (...). O período cultural traduz a existência de uma terceira geração (...). O que mais caracteriza esta fase não é tanto a sua unicidade, mas pelo contrário a sua multidireccionalidade, tal a diferença e sobretudo a pouca proximidade existente entre os diversos novos direitos consagrados”.

⁶ Em sentido próximo, Gouveia, *Manual...*, pp. 1045 e 1046: “adulteração da hierarquia de valores que deve necessariamente subjazer aos Direitos Fundamentais e, sobretudo, pensar que os Direitos Fundamentais valem todos o mesmo, risco que se potencia pelo crescimento do seu número”.

políticos, que surgem, assim, progressivamente, mais condicionados, limitados, restringidos, ponderados e, decerto, pior tutelados⁷.

2. A relativização

Sem embargo da persistente – e, porventura, reforçada – invocação da dignidade da pessoa humana, observa-se também, hodiernamente, uma progressiva relativização dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos.

Visível, aqui, numa tentativa, metódica, de negação, subversão, desconstrução, desgradação e deshierarchicalização, dos direitos mais fundamentais de entre os fundamentais, e dos direitos mais humanos de entre os humanos, como é o caso, paradigmático, do direito à vida.

Direitos elementares esses aos quais têm de corresponder, necessariamente – pelo menos numa perspectiva ocidental – valores eternos, conteúdos imutáveis, e alcances inquestionáveis⁸.

Não se afigurando admissível, dessarte, uma concorrência oriunda de pseudo-direitos supostamente emergentes da modernidade ou da pós-modernidade, mas, em rigor, opostos ao Direito Natural⁹.

Exemplificativamente, de afirmados direitos ao aborto, à eutanásia, à manipulação genética, à maternidade de substituição, ou, até mesmo, ao casamento homossexual e à adoção homossexual.

Acresce que, a esse intenso esforço de relativização se agrega um condicionamento da liberdade de consciência e da liberdade de expressão maioritárias, sobretudo patente na monitorização, na intimidação, e, inclusive, na ostracização, de quem recuse essa putativa nova moral¹⁰ – na verdade, uma

⁷ No mesmo sentido, Haarscher, *op. cit.*, p. 50: “banalização dos Direitos do Homem”; Nabais, *op. cit.*, p. 103: “sério risco de banalização dos Direitos Fundamentais”; e Gouveia, *A afirmação...*, p. 70: “o perigo mais sério – e simultaneamente o mais disfarçado de todos – assenta na elevada eventualidade que hoje existe no tocante à banalização da singularidade da garantia que é inerente aos Direitos Fundamentais”.

⁸ Em sentido próximo, Gouveia, *A afirmação...*, p. 72: “só as considerações de tipo supra-positivo – e não positivista ou sociológico – permitem chegar a uma conclusão segura. A justeza do Direito não pode ser dada pelo critério do poder; nem pode ser conferida pelo critério da sociedade (...); só pode ser dada pela existência de conjunto de princípios e valores que não são intrínsecos ao poder positivo ou ao poder social e que se lhes impõem, reunindo-se em torno da ideia de dignidade da pessoa humana”.

⁹ Por exemplo, o existencialismo: “não existe um ‘artesão divino’ que dê ao Homem a sua essência (...); e se não existe um ‘artesão divino’ que conceba e projete essa essência, esta será antecedida pela existência” (...): o Homem primariamente não é nada, antes se inventa e faz a si mesmo, nisto consistindo a liberdade a que estamos condenados. Daí, o abandono, a angústia, o desespero, o absurdo da existência: a vida não tem nenhum sentido *a priori*, competindo-nos a nós criar os valores”; assim, Chorão, *op. cit.*, p. 91.

¹⁰ Em sentido diverso, Andrade, *Algumas reflexões...*, pp. 136 e 137: “aparecimento e afirmação de uma nova moral social, que coexiste em tensão conflituosa, por vezes, em rutura, com as concepções da moral tradicional – neste contexto põem-se problemas de constitucionalidade a propósito de ‘opções

contra-moral, ou uma não-moral¹¹.

3. A especificação

A superveniente especificação dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos surge enquanto forma de ajustamento da respetiva generalidade e abstração, ao individual e ao concreto¹².

Ocorre que, essa demanda, em simultâneo, exclui a universalidade, suscita distorção no que toca à igualdade, e implica insegurança acrescida no plano da proporcionalidade.

De facto, os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos devem ser sempre universais, em razão, precisamente, da sua essencialidade estruturante, e nunca restritos a minorias ou a grupos.

Do mesmo modo, a igualdade que lhes subjaz, deve ser uma igualdade igual, e não uma igualdade desigual, sobretudo em nome de quiméricas – e, quase sempre, discriminatórias e injustas – igualdades reais.

Finalmente, se os juízos de proporcionalidade são, nesta sede, incontornáveis, quanto menos alargada se apresenta a universalidade e menos determinada se recorta a igualdade mais imprevisíveis se afiguram os próprios direitos, com as inerentes consequências na justiça e na segurança jurídicas.

4. A securitarização

Perante fenómenos de radical barbárie, como o ocorrido em 11 de setembro de 2001, ou de todos os subsequentes atentados, de fonte islâmica, na Europa, aos Direitos Humanos e aos Direitos Fundamentais, os vários ordenamentos jurídicos conhecem uma sensível mudança¹³.

Efetivamente, o valor da segurança posiciona-se em concorrência direta com o valor da liberdade, se bem que, desejavelmente, não devendo, em nenhuma

fratrantest' em matérias como o aborto, a eutanásia, mas agora, sobretudo, a família e a moral pública (a liberalização dos costumes e comportamentos sexuais e, em geral, a diminuição dos valores da intimidade)".

¹¹ Em sentido próximo, Ascensão, *op. cit.*, p. 28: "a civilização dos direitos em que vivemos levou a existência humana ao extremo da mediocridade".

¹² No mesmo sentido, Peces-Barba, *op. cit.*, pp. 120 e 121: "a especificação é um avanço do historicismo sobre o racionalismo e parte da ideia de considerar os direitos mais vinculados às pessoas concretas dos seus titulares"; "pessoas que se encontram em situação de inferioridade nas relações sociais e que necessitam de uma proteção especial, uma garantia ou uma promoção para superar a discriminação, o desequilíbrio ou a desigualdade".

¹³ No mesmo sentido, Andrade, *Algumas reflexões...*, p. 132: "o dia 11 de setembro de 2001 marcou o início de uma outra era, em que o valor segurança se fortalece decisivamente nas sociedades livres e pluralistas. A nova realidade do terrorismo global (...) fundamenta a procura de um novo equilíbrio entre as permanentes exigências da segurança e as liberdades individuais".

circunstância, a este sobrepor-se¹⁴.

Melhor: a mencionada segurança emerge, agora – ou emerge agora claramente¹⁵ – enquanto direito principal e não como mera garantia de outros direitos.

Como um direito subjetivo *proprio sensu* que importa densificar, frente à indignidade, evidente, da agressão.

Designadamente, através de condicionamentos aos direitos dos terroristas, desde a liberdade à integridade física ou psíquica até, se necessário, à própria vida.

Não obstante, esse fenómeno terrorista não deixa de afectar, e em termos particularmente severos, os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos de todos os remanescentes membros da comunidade¹⁶.

De um lado, pela ameaça de violação, ou pela consumação da ameaça, desses direitos.

De outro lado, como decorrência da protecção, ou tentativa de protecção, dos mesmos¹⁷.

5. A socialização

Desde o fim da II Guerra Mundial, até ao início dos anos oitenta do século passado, a evolução dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos reflete uma acelerada intervenção estadual socializante e, assim, a acentuada compressão da liberdade individual.

Na verdade, a emergência desse socialismo consubstancia uma rutura com o liberalismo.

Efetivamente, o liberalismo é individualista, assenta numa comunidade natural, funda-se na contratualização.

Pressupõe a liberdade de todos os homens, postula um tratamento igual de todos esses homens.

É sinalagmático, porque todos os homens extraem vantagens e são sujeitos

¹⁴ Em sentido próximo, Haberle, *op. cit.*, p. 54: “proporção equilibrada, que o Estado constitucional exige, entre a salvaguarda da liberdade e a garantia da segurança”.

¹⁵ No mesmo sentido, Andrade, *Algumas reflexões...*, p. 132: “percebe-se, dramaticamente, que a segurança não é apenas um valor comunitário, que configura também um direito subjetivo de cada um dos cidadãos – e que sempre foi assim, como se comprova pela sua formulação expressa no artigo 27º, nº 1, da Constituição”.

¹⁶ No mesmo sentido, Andrade, *Algumas reflexões...*, p. 132: “uma sociedade que, antes e além do perigo, eminente e reconhecível com certeza, assume a importância de prevenir o risco, potencial e apenas provável na incerteza, quando estejam em causa valores proeminentes”.

¹⁷ No mesmo sentido, Andrade, *Algumas reflexões...*, p. 133: “saber se, por força do princípio da prevenção especial ou da precaução, o legislador pode dispensar a exigência de perigo concreto e bastar-se com o risco (a probabilidade de lesão do bem segurança) para legitimar a restrição dos direitos e liberdades pessoais (...). “O padrão de controlo da constitucionalidade da restrição legislativa (...) deixaria de ser o da estrita necessidade e proporcionalidade da restrição (...) para se transformar num critério de razoabilidade, aproximando-se da mera garantia do núcleo essencial do direito”.

a obrigações.

E o Estado que lhe corresponde é um Estado mínimo, ou, até, um Estado ultra-mínimo.

Opostamente, o socialismo é comunitarista, assenta numa sociedade artificial, funda-se na imposição.

Pressupõe a liberdade de alguns homens e a negação dessa liberdade a outros homens, postula a necessidade de um tratamento incontornavelmente desigual entre esses homens.

É unilateral, porque parte tem apenas deveres e outra parte conhece apenas vinculações.

E o Estado que lhe é correspondente é um Estado médio, ou, quiçá, um Estado máximo.

Aliás, o auto-proclamado Estado social, no que tange à captura da autonomia individual pelo poder – e, sobretudo, pelo poder tributário – aproxima-se mais, hodiernamente, das construções pré-liberais e totalitárias do que de uma qualquer possível alternativa liberal.

Ora, nem a solidariedade ou a igualdade devem colocar em causa o arbítrio individual¹⁸.

Nem o socialismo, mesmo se democrático, deve em caso algum substituir o liberalismo.

BIBLIOGRAFIA REFERENCIAL

ANDRADE, José Carlos Vieira de - *Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976*, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 2012.

ANDRADE, José Carlos Vieira de - *Algumas reflexões sobre os Direitos Fundamentais, três décadas depois*. In: Anuário Português de Direito Constitucional, Lisboa, V. 5, 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira - *O 'fundamento do Direito': entre o Direito Natural e a dignidade da pessoa*. In: Do Direito Natural aos Direitos Humanos (org. António Pedro Barbas Homem, Cláudio Brandão), Coimbra, Almedina, 2015.

BOBBIO, Norberto - *A era dos Direitos*, Rio de Janeiro, Campus, 1992.

CAENEGEM, R. C. Van - *Uma introdução histórica ao Direito Constitucional ocidental*, Lisboa, Gulbenkian, 2009.

CALERA, Nicolás López - *Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Barcelona, Editorial Ariel, 2000.

CHORÃO, Mário Emílio Bigotte - *Nótula sobre a fundamentação dos Direitos Humanos*. In: Direitos Humanos (org. Paulo Ferreira da Cunha), Coimbra, Almedina, 2003.

FINNIS, John - *Natural Law and Natural Rights*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2011.

GOUVEIA, Jorge Bacelar - *Manual de Direito Internacional Público*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2017.

¹⁸ No mesmo sentido, Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 80: “a liberdade dos homens não pode confundir-se com a justiça social, ou com a democracia política, nem ser-lhes sacrificada”.

GOUVEIA, Jorge Bacelar - *A afirmação dos Direitos Fundamentais no Estado constitucional contemporâneo*. In: *Direitos Humanos* (org. Paulo Ferreira da Cunha), Coimbra, Almedina, 2003.

GOUVEIA, Jorge Bacelar - *Os Direitos Fundamentais atípicos*, Lisboa, Editorial Notícias, 1995.

HAARSCHER, Guy - *A filosofia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Piaget Editora, 1997.

NABAIS, José Casalta - *Por uma liberdade com responsabilidade. Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

NOZICK, Robert - *Anarquia, Estado e utopia*, Lisboa, Edições 70, 2009.

PECES-BARBA, Gregorio - *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.

PINTO, Paulo Mota; CAMPOS, Diogo Leite de - *Direitos Fundamentais 'de terceira geração'*. In: *O Direito contemporâneo em Portugal e no Brasil* (org. Diogo Leite de Campos; Ives Gandra da Silva Martins), Coimbra, Almedina, 2003.

WOLFE, Christopher - *Natural Law Liberalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.