

A bússola do Direito Constitucional dialógico: a atualização e efetividade dos direitos fundamentais^{*}

Filipe Venade de Sousa^{}**

Professor convidado na Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa e na Escola Superior de Educação de Coimbra

SUMÁRIO

Introdução

O exemplo da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

O sentido e alcance do Direito Constitucional dialógico

Conclusão

Bibliografia

* O presente texto foi adaptado com base na minha tese de doutoramento *A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no ordenamento jurídico português. Contributo para a compreensão do estatuto jusfundamental*, Almedina, 2018.

Lista de abreviaturas: CDPD – Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; CRP – Constituição da República Portuguesa.

** Investigador e colaborador do Centro de Investigação em Justiça e Governação da Escola de Direito da Universidade do Minho.

Introdução

O presente artigo compreende a tutela multinível dos direitos fundamentais centrando-se, especialmente, na função *dialógica* da proteção *jusfundamental* na Constituição da República Portuguesa com a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. A função dialógica pode derivar do próprio artigo 16.º da Constituição da República Portuguesa e, igualmente, entre outras normas semelhantes das demais convenções internacionais de direitos humanos, a título de exemplo, o artigo 4.º, n.º 4, da mesma Convenção ou o artigo 53.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Tomando em conta os âmbitos multiníveis de proteção dos direitos fundamentais existentes no plano constitucional, europeu e internacional, a tutela multinível dos direitos fundamentais incide, de facto, nos âmbitos normativos distintos completando a aplicação normativa, e interpretativa, a favor da efetividade dos direitos e liberdades fundamentais. Cada âmbito normativo, a Constituição e a Convenção, tem, naturalmente, mecanismos próprios, para a proteção *jusfundamental*, sendo que os mesmos se interligam de forma a assegurarem um nível de proteção efetivo *pro homine*.

A coexistência de ordens jurídicas distintas prende-se com a delimitação do âmbito de aplicação de normas dessas ordens jurídicas com base na cláusula *pro homine* e na consequente função dialógica dos diversos níveis de proteção *jusfundamental* que conferem.

O que nos propomos com este artigo é sobretudo compreender o modo como, a partir de uma multinível proteção *jusfundamental* com base na função dialógica e articuladora das diversas fontes de Direito, especialmente, a Constituição e a Convenção. Importa escrutinar se o *Direito Constitucional dialógico* contribui a tutela multinível dos direitos fundamentais. A esta compreensão está subjacente a questão de desvendar a função dialógica e articuladora na proteção *jusfundamental* na Constituição e nas convenções internacionais dos direitos humanos, nomeadamente a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência nas suas normas propriamente ditas e interpretadas, respetivamente.

Para nosso entendimento, isto porque o papel do Direito Constitucional dialógico na tutela multinível dos direitos fundamentais deve surgir necessariamente por força da essência dialógica do *ius commune jusfundamental* – as ordens jurídicas (nacionais e internacionais) distintas, mas, intrínseca e extrinsecamente, interligadas e complementadas a favor da fundamentalidade dos direitos inerentes. É nessa função dialógica como elemento principal de concretização da dignidade da pessoa humana como garantia de *existência normativa condigna* que conduz a proteção efetiva dos direitos fundamentais.

Recordando na expressão do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009, de 3 de março de 2009: «[...] No âmbito do controlo da constitucionalidade das leis é de ter em conta, antes de mais, a Constituição da República Portuguesa, embora se não possa excluir totalmente a possível relevância constitucional dos instrumentos internacionais, na medida em que integrem normas que possam considerar-se como correspondendo a direito constitucionalizado ou que possam ser utilizadas como critério de interpretação de normas constitucionais.»

Passemos, agora, a apreciar a argumentação daquele aresto, no contexto de fiscalização da constitucionalidade, procedendo à interpretação – e aplicação – das normas jurídicas que reconhecem os direitos fundamentais no âmbito integrado da própria Constituição e as convenções internacionais de direitos humanos, o próprio Tribunal Constitucional observa e estabelece o seu conteúdo das normas jurídicas para determinar se as normas infraconstitucionais são adequadas àquelas normas jurídicas constitucionalmente reconhecidas. Em outras palavras, o Tribunal Constitucional tem uma função fundamental da garantia da proteção dos direitos fundamentais através de adequação das normas infraconstitucionais em conformidade com o enquadramento dogmático dos direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição e pelas convenções internacionais dos direitos humanos que *«possam considerar-se como correspondendo a direito constitucionalizado ou que possam ser utilizadas como critério de interpretação de normas constitucionais»* (conforme a mesma expressão jurisprudencial).

O exemplo da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

Desde a incorporação da Convenção na ordem jurídica portuguesa, no ano de 2009, o Tribunal Constitucional expressou-se, à luz do Acórdão n.º 359/2011, de 12 de julho de 2011, relatado pelo juiz conselheiro João Cura Mariano, ainda em início, mas deixou umas pistas para eventual desenvolvimento jurisprudencial em torno da proteção *jusfundamental* das pessoas com deficiência, sendo a Convenção vista como *«representando um importante instrumento legal no reconhecimento e promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência e na proibição da discriminação destas em todas as áreas da vida»*.

Este entendimento jurisprudencial reconhece a Convenção como «importante instrumento legal» em matéria de direitos fundamentais. Quais são os seus impactos na ordem jurídica portuguesa? Antes de começar, recorde-se, em termos gerais, que a norma constitucional do art. 8.º consagra a receção

plena do direito internacional na ordem jurídica portuguesa, desde que cumpra formalidades procedimentais previstas na Constituição, nomeadamente a publicação em *Diário da República*, e a vigência das convenções na ordem internacional, em virtude do art. 8.º, n.º 2, da Constituição. Em consequência, a Convenção foi regularmente ratificada na ordem interna, após a sua publicação oficial e enquanto vincular internacionalmente o Estado. Mais concretamente, a Convenção foi adotada em Nova Iorque, em 13 de dezembro de 2006, e aberta para assinatura em 30 de março de 2007, a qual foi aprovada, para ratificação, pela Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, de 30 de julho, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 71/2009, de 30 de julho, tendo o seu instrumento de ratificação sido depositado em 23 de setembro de 2009, de acordo com o Aviso 114/2009, de 19 de outubro, do Ministério dos Negócios Estrangeiros.

Para caracterizar o objeto e fim da Convenção atente-se no art. 1.º da mesma, ou seja, o propósito da Convenção é «*promover, proteger e garantir o pleno e igual gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente*», ou seja, o propósito da Convenção é atender aos critérios interpretativos no seio do direito internacional de direitos humanos, designadamente o contexto em que se insere e ao qual se estende a proteção da Convenção.

A razão de ser da Convenção tem um interesse fundamental: salvaguardar os fins e os valores fundamentais – o respeito pelos direitos humanos – por parte de todos os Estados que a ratificam e a reconhecem como ordem jurídica específica dos direitos humanos, em particular os direitos das pessoas com deficiência, em virtude de um compromisso comum dos Estados para garantir a integridade dos direitos das pessoas com deficiência. Consequentemente, os Estados assumem as suas obrigações, de natureza objetiva, para com a Convenção em relação às pessoas com deficiência sujeitas à sua jurisdição e não aos interesses dos Estados.

O objeto e fim da Convenção consiste num reconhecimento pleno dos *mesmos* direitos humanos e liberdades fundamentais de qualquer pessoa com deficiência, em igualdade com as demais, na condição de titular, atendendo, portanto, às circunstâncias específicas dos seus titulares, adaptando o contexto e alcance de determinado direito fundamental assegurado e estabelecido pela Convenção. A razão de ser da Convenção não é criar *novos* direitos; pelo contrário, visa assegurar direitos *adaptados* para as pessoas com deficiência do mesmo catálogo de direitos e liberdades fundamentais que são reconhecidos a todas as pessoas¹. Estes devem ser adaptados, de acordo com o ordenamento

1 Cf. SOUSA, Filipe Venade de, 2018, *A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no ordenamento jurídico português. Contributo para a compreensão do estatuto jusfun-*

jurídico estabelecido pela Convenção, incluindo o estabelecimento de mecanismos de garantia de exercício de direitos por parte das pessoas com deficiência, em igualdade de condições, em articulação com os demais ordenamentos jurídicos (inter)nacionais, em matéria de direitos fundamentais.

Enfim, a Convenção consagra um tratamento jurídico adaptado e específico para os direitos fundamentais das pessoas com deficiência face aos demais tratados internacionais gerais de direitos humanos.

Uma pista importante é o entendimento do próprio Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 101/2009, de 3 de março de 2009, sobre a *relevância constitucional dos instrumentos internacionais* no ordenamento jurídico-constitucional, ou seja, é possível converter as normas constantes das convenções internacionais dos direitos humanos em *direitos constitucionalizados*, ou seja, direito materialmente fundamental com valor constitucional. Vejamos em seguida.

O sentido e alcance do Direito Constitucional dialógico

O *Direito Constitucional dialógico* surge de uma interação complementar dos catálogos constitucionais e convencionais dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência sob o enfoque do princípio *pro homine*. Esse estatuto considera a Convenção como a fonte privilegiada da interpretação e aplicação de catálogo integrado dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência. Nesse contexto, o primado da efetividade da proteção dos direitos fundamentais vem da cláusula *pro homine*, que elege a solução que melhor proteja os direitos fundamentais das pessoas com deficiência duplamente tutelados na Constituição e na Convenção, em detrimento do princípio da hierarquia.

Com efeito, o estatuto constitucional dialógico objetiva a atualização e concretização do alcance e sentido dos direitos fundamentais tutelados na Convenção no catálogo constitucional dos direitos fundamentais desvendando o modo pelo qual a Convenção pode reforçar e completar os direitos constitucionalmente assegurados, sob enfoque do princípio *pro homine*.

O art. 16.º da Constituição da República Portuguesa admite a fórmula constitucional dialógica – *constitucionalização dialógica* – dos direitos fundamentais, isto é, a receção e incorporação no ordenamento jurídico-constitucional, dos

damental, Almedina, pp. 257-313; Sousa, Filipe Venade de, 2014, *Os Direitos Fundamentais das Pessoas Surdas*, Almedina, pp. 21-29; pp. 61-63; Sousa, Filipe Venade de, dez. de 2013, «O controle de convencionalidade da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: uma visão portuguesa», *Revista dos Tribunais*, Ano 102, vol. 938, pp. 184-185.

direitos fundamentais das pessoas com deficiência, consagrados pela CDPD, as quais têm dignidade *fundamental* merecedora de tutela constitucional que ampare esses direitos, considerados como *fundamentalidade*. Por consequência, a fundamentalidade do catálogo da Convenção é condição de essência da dignidade – intrínseca e extrínseca – da pessoa humana e da proteção da igualdade e não discriminação com base na deficiência, admitindo as suas particularidades e adaptações normativas na esfera dos direitos destas pessoas.

Em virtude do art. 71.º da CRP *vis* art. 16.º da CRP, os direitos consagrados pela Convenção são, por natureza, *fundamentais*, tendo por conteúdo os direitos das pessoas com deficiência, revelando *fundamentalidade* pela sua positivação e revelação normativa de direitos das pessoas com deficiência no ordenamento jurídico-constitucional.

O conceito de fundamentalidade implica uma relevância jurídico-constitucional das posições jurídicas essenciais das pessoas com deficiência, baseando-se na dignidade inerente à pessoa com deficiência e empenhando-se na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, nos termos do art. 1.º da CRP em complemento com o art. 1.º da CDPD. A *fundamentalidade* dos direitos das pessoas com deficiência significa que estes são direitos básicos e imprescindíveis para o gozo e exercício dos seus direitos, assentes no respeito pela sua dignidade inerente, quer intrínseca quer extrínseca, e no direito ao seu espaço de autonomia e independência e à liberdade de fazer as suas próprias escolhas em todos os aspetos da sua vida, e também o de participar plenamente da vida em sociedade, em virtude do art. 3.º da Convenção.

Não se pode dispensar a análise da relevância do catálogo da Convenção incorporado no art. 16.º da Constituição, o qual integra, no bloco de constitucionalidade, os contextos jurídicos específicos das pessoas com deficiência, que não estão explicitamente no catálogo formalmente constitucional. A Convenção é considerada como parte integrante da Constituição, isto é, contribuindo e complementando o tratamento dos direitos fundamentais previstos no ordenamento constitucional. Assim, a constitucionalização do catálogo previsto pela Convenção dá relevância ao conteúdo dos direitos das pessoas com deficiência, indispensável para a Constituição, a fim de completar e reforçar – *efeito aditivo* – o sentido e alcance dos direitos fundamentais formalmente constitucionais na CRP.

No seio do catálogo dos direitos consagrados pela CDPD, o art. 16.º, n.º 1, da CRP proporciona uma incorporação material do catálogo dos direitos recebidos para integrar o sistema constitucional dos direitos fundamentais. O significado das expressões «*consagrados na Constituição*» e «*não excluem*» determina que a Constituição reconhece alcance de proteção adicional e complementar às normas internacionais, ou seja, o estatuto e força constitucional.

O significado do art. 16.º da CRP não se pode reduzir a um mero «*alcance quantitativo*»², devendo ser entendido como alcance *qualitativo* do catálogo de direitos fundamentais *constitucionalmente assegurados* por própria Constituição para alcançar uma proteção adicional e complementar vinculando todo o ordenamento infraconstitucional.

O alcance do art. 16.º, n.º 1, da CRP corresponde a uma cláusula de atualização e concretização dos direitos fundamentais. *A contrario sensu*, os direitos formalmente fundamentais consagrados pela Constituição *incluem* também os direitos tutelados pela CDPD, conseqüentemente, ingressam no mesmo catálogo constitucional de direitos fundamentais. Podendo ser reconhecidos diretamente na Constituição, que define o catálogo dos direitos fundamentais, podendo ser deste catálogo que resultam os direitos fundamentais, ou estarem dispersos ao longo do texto constitucional. Estes são entendidos como *direitos formalmente fundamentais* com dignidade constitucional. Os direitos fundamentais também podem ser recebidos na Constituição, ou seja, o catálogo dos direitos fundamentais consagrados pelos tratados internacionais e pelas leis que versem os direitos fundamentais, de acordo com o art. 16.º, n.º 1, da CRP. Estes são tratados como *direitos materialmente fundamentais*³.

O estatuto constitucional da CDPD articula-se com o espírito da própria Constituição, em sentido material, devendo ser interpretado como um todo. A CDPD e a CRP «interdisciplinam» o tratamento jurídico dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência.

As particularidades dos direitos tutelados da CDPD são, do ponto de vista do conteúdo, *distinguo* face à CRP, porque visa, em termos adaptados, o catálogo dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência, conseqüentemente, o catálogo integrante dos direitos tutelados pela CDPD e pela CRP constitui a unidade de sentido e alcance dos direitos fundamentais completos, por exemplo, os referentes a igualdade e não discriminação (art. 5.º da CDPD e o art. 13.º da CRP), a acessibilidade (art. 9.º e o art. 71.º da CRP) e capacidade jurídica (art. 12.º e art. 21.º da CRP).

Isto significa que a CDPD desempenha uma função fundamental na revelação do sentido e alcance dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência no seio da CRP, com conteúdo específico (ou melhor, adaptado). A CRP atualiza-se concretizando com o catálogo dos direitos tutelados da CDPD para proceder de um tratamento jurídico-constitucional pormenorizado, diverso e

2 Cf. PEREIRA, André Gonçalves; Quadros, Fausto de, *Manual de Direito Internacional Público*, pp. 103-117.

3 Existe literatura jurídica portuguesa sobre este tema, vide ANDRADE, José Carlos Vieira de, 2009, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina; CANOTILHO, J. J. Gomes, 2009, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, Almedina; MIRANDA, Jorge, 2000, *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV: Direitos Fundamentais*, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora.

completo, logo, não será de estranhar que o catálogo dos direitos fundamentais da CDPD complemente o da CRP, de acordo com a elevação e revelação do princípio de dignidade da pessoa humana, e que a maximização destes direitos leva a se justificar, mais uma vez, o estatuto constitucional da CDPD.

Como efeito da aplicação do art. 16.º, n.º 1, a expressão «*não excluem quaisquer outros*» impõe-se a interação dialógica – diálogo entre a CRP e a CDPD –, coexistindo horizontalmente para garantir o nível mais elevado de proteção do catálogo dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência. Constituindo-se como *bloco de constitucionalidade* – enquanto parâmetro integrado de constitucionalidade – no domínio dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência, resolvendo-se as dúvidas interpretativas com recurso à cláusula *por homine*.

De acordo com a jurisprudência constitucional⁴, adaptada para o nosso objeto de estudo, os pressupostos essenciais para a integração no bloco de constitucionalidade são: o catálogo dos direitos tutelados pela CDPD apresenta-se com suficiente «consistência» para merecer a proteção constitucional; conseqüentemente, este catálogo equipara-se ao regime jurídico dos direitos fundamentais consagrados pela Constituição. Este catálogo é constitucionalmente garantido pela CRP, por estar estabelecido na «*consciência jurídica coletiva*», enquanto elemento fundamental do ordenamento jurídico português, integrando, conseqüentemente, o bloco de constitucionalidade. E a integração constitucional das normas estabelecidas pela Convenção goza de um grau e força constitucional, pertencendo à Constituição material, adicionando-se ao catálogo formal dos direitos consagrados pela Constituição. Assim, por exemplo, a norma do art. 12.º da CDPD esclarece o sentido e alcance da norma constitucional do art. 71.º, n.º 1, *in fine*, da CRP. Utilizando como exemplo o art. 71.º da CRP, enquanto elemento do direito formalmente fundamental atribuído às pessoas com deficiência, pode dizer-se que este pode ser considerado como *enumeração aberta*, no sentido de preencher ou completar os direitos fundamentais, através do catálogo dos direitos recebidos pela CDPD.

Em relação aos possíveis efeitos aditivos, o catálogo dos direitos tutelados na Convenção contribui, do ponto de vista do conteúdo, a Constituição material. Uma vez que a CRP estende o catálogo dos direitos fundamentais aos consagrados na Convenção decorre daí que a Convenção recebe um estatuto de fonte privilegiada na interpretação e aplicação das normas convencionais. Devem ter-se em atenção não apenas os direitos formalmente constitucionais, mas também os que são reconhecidos pela Convenção. Nesse sentido, o sentido material da Constituição também considera como *tais todos* os direitos

4 Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 127/2010, § 6; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 150/85, § 4.

fundamentais tutelados pela Convenção. O catálogo detalhado dos direitos tutelados pela Convenção mostra-se necessário ao catálogo dos direitos formalmente constitucionais. Cabe, particularmente, ao Tribunal Constitucional recorrer à Convenção como critério imprescindível de validade do direito infraconstitucional no que respeita a direitos fundamentais das pessoas com deficiência. A Convenção constitui-se, essencialmente, como elemento adjuvante de interpretação e de integração das normas constitucionais, considerando como parâmetro de constitucionalidade das normas legais. O catálogo detalhado dos direitos tutelados na Convenção assume valor constitucional autónomo. O valor autónomo consiste em afirmar a Convenção e está habilitada para contribuir, adicionar e completar as normas constitucionais⁵. O estatuto constitucional dialógico capacita as normas da Convenção invocadas pelo Tribunal Constitucional a aplicar essas normas como fonte privilegiada da validade do direito infraconstitucional. Pode invocar diretamente as normas convencionais integradas no bloco de constitucionalidade e, ainda, pode invocar indiretamente o conteúdo dos direitos tutelados na Convenção conjugados com as normas formalmente constitucionais.

Quanto às eventuais antinomias: o princípio do nível de proteção dos direitos fundamentais e a interpretação restritiva de inconstitucionalidade dos tratados de direitos humanos, à luz dos arts. 204.º e 277.º da CRP, pode encontrar-se uma objeção ao que acaba de ser exposto no art. 277.º da CRP. Contudo, para o presente estudo, a sujeição dos tratados internacionais ao controlo de constitucionalidade deve ser entendida de um modo distinto ao regime geral de inconstitucionalidade. Não se pode confundir a importância do controlo de constitucionalidade com supremacia constitucional. Isto porque nos referimos a uma matéria dos direitos fundamentais e não a uma qualquer norma. É preciso compreender a unidade do sentido normativo dos artigos em presença, os quais edificam uma compreensão diferente em relação aos tratados internacionais de direitos humanos. Isto porque os direitos fundamentais positivados pela Convenção complementam-se, com a intenção do art. 16.º, n.º 1, e com os direitos fundamentais consagrados pela Constituição.

A sujeição ao controlo de constitucionalidade não significa que a CDPD seja infraconstitucional. As normas dos direitos tutelados pela Convenção revestem-se de natureza e força materialmente constitucional, conforme já anteriormente explicado. Devendo ser interpretada de um modo coerente com as demais normas constitucionais, a finalidade do controlo de constitucionalidade, no âmbito

5 V. VITORINO, António, Juiz do Tribunal Constitucional, Relatórios Portugueses das Conferências dos Tribunais Constitucionais Europeus, IX Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus: «Proteção constitucional e proteção internacional dos direitos do Homem: concorrência ou complementaridade?», Paris, França, maio de 1993, disponível em www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos020105.html.

do art. 277.º da CRP, distingue, por um lado, a *inconstitucionalidade orgânica ou formal* de tratados internacionais e, por outro lado, a *inconstitucionalidade material* das normas dos tratados internacionais.

O objeto em estudo admite, apenas, que a Convenção seria infraconstitucional, no momento de *fiscalização preventiva* da constitucionalidade, porque não estaria ainda regularmente ratificada, tal como o exige o art. 8.º da CRP. Se, eventualmente, fosse declarada a sua inconstitucionalidade, impedir-se-ia o seguimento do processo da ratificação, e, conseqüentemente, a proteção dos princípios internacionais relevantes, *pacta sunt servanda* e *boa-fé*. Cabe ao Estado encontrar uma forma de resolver isto: ou faz uma reserva ou faz uma revisão constitucional.

Quanto à *fiscalização sucessiva* da constitucionalidade, o estatuto constitucional da Convenção mantém toda a legitimidade constitucional, nos termos dos arts. 8.º e 16.º da CRP. Interpretando o alcance do art. 277.º da CRP: Em relação à inconstitucionalidade *orgânica ou formal* de tratados internacionais regularmente ratificados, tal não impede a aplicação das suas normas na ordem jurídica portuguesa. Só impede aplicação interna se existe violação de uma disposição fundamental e sob condição de reciprocidade na aplicação, isto é, a questão da violação de procedimento de aprovação e ratificação por parte dos órgãos de soberania. As disposições fundamentais não se referem o âmbito material dos tratados internacionais nos termos do n.º 2 do art. 277.º da CRP. O texto desta disposição contém uma contradição nos termos, ao referir-se «a *inconstitucionalidade orgânica ou formal de tratados internacionais regularmente ratificados*» porque se existe este tipo de inconstitucionalidade o tratado está irregularmente ratificado; se não existe essa inconstitucionalidade, o tratado está regularmente ratificado e essa disposição não é aplicável no caso da CDPD que foi regularmente ratificado na ordem jurídica portuguesa, não havendo, por isso, uma limitação da vinculação internacional do Estado com o tratado internacional; ou seja, a CDPD tem plena aplicação na ordem jurídica interna, prevalecendo sobre normas internas em vigor, em matéria de direitos fundamentais. E, por outro, em relação à inconstitucionalidade *material* dos tratados internacionais, o n.º 1 do art. 277.º da CRP constitui-se como mecanismo-travão de aplicação interna das normas internacionais, quando essas normas violem o bloco de constitucionalidade em matéria de direitos fundamentais. Aplicando-se a cláusula *pro homine*, aplica-se o nível elevado de proteção dos direitos fundamentais, em que é constitucional a norma que fornecer um maior alcance protetor, não prevalecendo necessariamente o princípio de hierarquia, mas, sim, o nível efetivo de proteção dos direitos fundamentais. Assim, por exemplo, uma norma X do tratado X admitiria a prisão arbitrária e a norma formalmente constitucional em sentido contrário. É inconstitucional: a norma X

do tratado X porque não respeita o *princípio de dignidade da pessoa humana* (art. 1.º da CRP); a *regressão de maximização dos direitos fundamentais* (art. 2.º da CRP); o *princípio do respeito pelos direitos humanos* (art. 7.º da CRP); o *não preenchimento da finalidade do art. 16.º, n.º 1*. Cabendo ao Estado resolver a situação de uma forma: fazendo uma reserva (nesse caso se é feita até o Estado se vincular no momento de fiscalização *preventiva*), uma denúncia (nos termos do art. 56.º da CVDT) ou uma revisão constitucional, dentro de limites constitucionais permissivos (no momento de fiscalização *sucessiva*, a vinculação internacional já ocorreu).

O art. 277.º da CRP não justifica, *per se*, a posição infraconstitucional dos tratados de direitos humanos à sujeição do controlo de constitucionalidade. Deve distinguir-se o tratamento dos tratados que versem os direitos fundamentais e os demais tratados que não versem. No âmbito de inconstitucionalidade das normas convencionais dos direitos humanos, o art. 277.º visa como mecanismo-travão da regressão de nível elevado da proteção dos direitos fundamentais. Consequentemente, o catálogo dos direitos tutelados pela Convenção substancia, em termos amplos e não restritivos, o catálogo formalmente constitucional dos direitos fundamentais.

Este artigo deve ser interpretado *stricto sensu*: apenas podem sujeitar-se ao controlo de constitucionalidade, quando forem inconstitucionais, se violarem as normas constitucionais ou os princípios constitucionais, nomeadamente, pela vulneração da: *fundamentalidade do catálogo dos direitos recebidos* (art. 16.º); *maximização de direitos fundamentais* (art. 2.º) e *dignidade de pessoa humana* (art. 1.º). São estes os pressupostos para verificar e justificar o controlo de constitucionalidade para acionar um mecanismo-travão de regressão ou violação dos direitos fundamentais com menor alcance protetor, aplicando os critérios da cláusula *pro homine*, no âmbito do parâmetro de constitucionalidade. Trata-se de um regime de controlo *stricto sensu* de constitucionalidade, com tratamento diferenciado em relação às inconstitucionalidades das normas que não versam os direitos humanos e estas normas são infraconstitucionais, ao contrário da CDPD.

O parâmetro de constitucionalidade refere-se não apenas a matéria de direitos fundamentais formalmente constitucionais, mas, inclui, também, por força do art. 16.º da CRP, as normas dos direitos tutelados pela CDPD constitucionalizadas, integrando-se no seio do bloco de constitucionalidade. E que, como tal, devem ser perfilhadas pela ordem jurídica portuguesa nos termos destes artigos.

Assim, as diversas normas da CDPD não se encontram, elas próprias, reproduzidas na Constituição, pois, a CDPD visa em específico, o conteúdo dos direitos das pessoas com deficiência, beneficiando de força constitucional

complementar à CRP. Podendo, desse modo, erigir as disposições da CDPD como parâmetro necessário e referente às normas formalmente constitucionais. A CDPD assume como parâmetro da constitucionalidade para definir os limites ao direito infraconstitucional na esfera das pessoas com deficiência, porque as normas formalmente constitucionais não podem deixar de ter em conta as normas da CDPD, como critério coadjuvante das normas constitucionais. Nesse sentido, é suscetível de ser assegurado pelo Tribunal Constitucional, em conjunto com a CRP e a CDPD.

E os fundamentos inerentes ao estatuto constitucional dialógico da CDPD? Em relação à *efetividade de direitos fundamentais como vertente do princípio da dignidade humana, em virtude dos arts. 1.º e 2.º da CRP*, fundando-se no princípio do Estado de direito, a Constituição compromete-se com o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, assente no *respeito e garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais*. Esta norma é lida em conjunto com o art. 16.º da CRP, afirmando que os direitos fundamentais consagrados pela CRP e pela CDPD se baseiam essencialmente no respeito e garantia de efetivação de direitos fundamentais. Neste caso, a relevância jurídica dos direitos das pessoas com deficiência é essencial para elevar o princípio de dignidade da pessoa humana, ou seja, o respeito pela dignidade inerente à pessoa com deficiência, para o pleno desfrute dos seus direitos, bem como o de poderem participar ativamente na sociedade em que se inserem.

O *respeito e garantia de efetivação de direitos e liberdades fundamentais* corresponde à *dimensão objetiva* do princípio da dignidade da pessoa humana para estabelecer e condicionar a atuação das autoridades competentes, bem como concretizar e delimitar o conteúdo dos direitos consagrados pela CDPD, no catálogo dos direitos constitucionalmente tutelados.

Os catálogos dos direitos consagrados pela CRP e pela CDPD complementam a dimensão objetiva da dignidade da pessoa humana, particularmente, a proteção da dignidade extrínseca relacionada com a existência de condições materiais condignas, para o pleno desfrute dos seus direitos, em igualdade de condições com os demais titulares. Em resultado disto, a proteção da dignidade inerente impõe um nível de proteção elevada, e não regressiva, em relação ao *respeito e garantia de efetivação de direitos e liberdades fundamentais*.

O estatuto constitucional dialógico da CDPD permite, essencialmente, uma atualização e concretização do catálogo constitucional dos direitos fundamentais. Implicando um raciocínio de *maximização* do catálogo destes direitos, segundo expressão de Häberle⁶, a CRP não começa ali onde acaba o catálogo dos direitos tutelados pela CDPD ou vice-versa. Consequentemente,

6 Cf. HÄBERLE, Peter, 2002, *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, trad. de Emilio Mikunda, Tecnos, p. 263.

complementa-se com estas normas, a fim de assegurar o respeito e garantia da efetivação destes direitos, porque é um facto que um dos objetivos do catálogo dos direitos tutelados pela CDPD é o de efetivar o respeito pelos direitos consagrados como direitos práticos e efetivos e não como direitos teóricos e ilusórios.

E, por seu turno, quanto ao *princípio do respeito pelos direitos humanos*, segundo o art. 7.º da CRP. Segundo o n.º 1 do art. 7.º da CRP, o respeito pelos direitos humanos corresponde a um imperativo constitucional, no sentido de determinar as funções do Estado no domínio das relações internacionais. Materializando-se este princípio, o próprio Estado ratificou-se, na livre vontade soberana, a CDPD e o PoCDPD, promovendo ativamente o respeito e a garantia da efetivação dos direitos fundamentais consagrados por estes tratados.

Desde o momento da ratificação desta Convenção, o Estado Parte assegura, efetivamente, o seu cumprimento das obrigações nas relações internacionais, evitando as violações das mesmas, podendo ser internacionalmente responsável por ações e omissões por parte dos seus órgãos internos, por vulnerar o respeito pelos direitos humanos, no âmbito do PoCDPD.

No intuito de uma melhor compreensão do princípio em estudo, é de referir, por um lado, em termos de *dimensão negativa*, que a própria Constituição obriga o Estado ao dever de se abster de qualquer violação relativa ao respeito pelos direitos humanos reconhecidos no domínio das relações internacionais, isto é, através do cumprimento das obrigações internacionais com a própria Convenção, cooperando com o CoDPD enquanto instância internacional, como guardião último da Convenção. Por outro lado, em termos de *dimensão positiva*, não é suficiente o dever de se abster de qualquer violação, impondo-se ao Estado que promova e assegure ativamente ações em prol do respeito pelos direitos humanos, agindo, assim, em conformidade com as obrigações internacionais estabelecidas pela CDPD para a concretização efetiva do gozo e exercício dos direitos humanos reconhecidos pela Convenção. Este princípio incide, pois, na abertura do ordenamento jurídico interno à ordem jurídica internacional, ou seja, na articulação entre a CRP e a CDPD, em prol do respeito pelos direitos humanos, uma vez que o estatuto constitucional da CDPD se traduz na concretização do respeito pelos direitos humanos na ordem jurídica interna.

Conclusão

Determinada a posição da Convenção enquanto tratado de direitos humanos, revela-se necessário compreender a sua natureza para estabelecer, na Constituição, uma relação hierárquica entre a Convenção e o restante ordenamento jurídico português, particularmente no âmbito jurídico-constitucional,

que é indispensável atualizar e ampliar o catálogo dos direitos fundamentais, porquanto se trata de uma proteção e garantia dos direitos fundamentais em prol da dignidade humana, neste caso, a dignidade da pessoa com deficiência. Por esta razão, assinala-se a especificidade da Convenção como tratado internacional de direitos humanos, distinguindo-o dos demais tratados internacionais comuns. Como afirma Miranda, na matéria de direitos fundamentais das pessoas com deficiência, a Constituição articula-se com a Convenção, ou seja, a Constituição «*confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado*»⁷.

A incorporação da Convenção na Constituição material, à luz do entendimento sistemático e teleológico, o regime de direitos fundamentais consagrados neste enquadramento normativo, possui uma natureza, pelo menos, materialmente constitucional: ser incorporado e integrado, especificamente, em matéria de direitos fundamentais. Justificando o seu objeto e fim, a Convenção possui uma dignidade normativa elevadora por estar numa hierarquia de norma constitucional; face à Constituição, goza de uma posição privilegiada no ordenamento jurídico, fundamentada numa proteção e garantia de tais direitos fundamentais.

A Convenção passa a assegurar e a garantir os direitos fundamentais incorporados no catálogo constitucional, os quais gozam de um estatuto jurídico próprio e diferenciado, em relação aos tratados internacionais comuns, possuindo uma hierarquia e força constitucional *lato sensu*, ou seja, a Convenção possui um estatuto constitucional, sendo dotada de uma *consciência jurídico-constitucional do Estado de direito*, isto é, um conjunto de reconhecimento de elevação de determinados direitos que merecem uma proteção constitucional, a qual os protege e integra no catálogo constitucional de direitos fundamentais, em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio de maximização destes direitos. Por outras palavras, a consciência jurídico-constitucional tem como propósito a elevação da proteção da Constituição sobre questões transcendentais e relevantes, para a sociedade em geral, em matéria de direitos fundamentais. Ou seja, a Convenção dispõe de um tratamento normativo que é fundamental para a proteção da Constituição, no sentido de elevar a efetividade dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência. Por fim, os direitos consagrados pela Convenção refletem, pela sua natureza complementar e coadjuvante, a essência norteadora da proteção de tais direitos no sistema constitucional dos direitos fundamentais.

7 MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. IV, p. 166.

O reconhecimento constitucional dos direitos das pessoas com deficiência enunciados pela Convenção leva em conta o carácter axiológico da dignidade da pessoa humana, estabelecendo a sua natureza constitucional, que é derivada da consciência jurídico-constitucional do Estado de direito, para servir como parâmetro constitucional de normas dos direitos fundamentais no âmbito do controlo de constitucionalidade, com base no bloco de constitucionalidade. O entendimento interpretativo do art. 16.º, em conjugação com art. 2.º, está em consonância com a essência da Constituição para maximizar os direitos fundamentais nos termos efetivos e, conseqüentemente, reflete a natureza específica da Convenção, tratado com *status* constitucional de direitos fundamentais como manifestação da própria Constituição.

A Constituição fundamenta-se no princípio do respeito pelos direitos humanos para vincular o conteúdo de direitos fundamentais da Convenção. Conseqüentemente, o catálogo constitucional dos direitos fundamentais não se restringe *per se*, vinculando-se, assim, ao direito internacional de direitos humanos para desenvolver e atualizar os direitos fundamentais e regulando a ação estatal em matéria dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição. Assim, tais direitos consagrados pela Constituição não substituem outros direitos reconhecidos pela Convenção, mas interagem no sentido da sua expansão e integração dos direitos consagrados, todos eles, fundamentalmente, direitos essenciais em constante dinâmica de interação e atualização, o que realça a relevância dos direitos fundamentais, bem como as pessoas com deficiência enquanto titulares de direitos fundamentais no catálogo constitucional de tais direitos.

A Constituição fundamenta-se no princípio do respeito pelos direitos humanos para vincular o conteúdo de direitos fundamentais da Convenção. Conseqüentemente, o catálogo constitucional dos direitos fundamentais não se restringe *per se*, vinculando-se, assim, ao direito internacional de direitos humanos para desenvolver e atualizar os direitos fundamentais e regulando a ação estatal em matéria dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição. Assim, tais direitos consagrados pela Constituição não substituem outros direitos reconhecidos pela Convenção, mas interagem no sentido da sua expansão e integração dos direitos consagrados, todos eles, fundamentalmente, direitos essenciais em constante dinâmica de interação e atualização, o que realça a relevância dos direitos fundamentais, bem como as pessoas com deficiência enquanto titulares de direitos fundamentais no catálogo constitucional de tais direitos.

Bibliografia

- ANDRADE, José Carlos Vieira de, 2009, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.^a ed., Coimbra, Almedina.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, 2009, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., Coimbra, Almedina.
- HÄBERLE, Peter, 2002, *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, trad. de Emilio Mikunda, Tecnos.
- MIRANDA, Jorge, 2000, *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV: Direitos Fundamentais*, 3.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora.
- PEREIRA, André Gonçalves; Quadros, Fausto de, 2005, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.^o ed., Almedina.
- SOUSA, Filipe Venade de, 2018, *A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no ordenamento jurídico português. Contributo para a compreensão do estatuto jusfundamental*, Coimbra, Almedina.
- , 2014, *Os Direitos Fundamentais das Pessoas Surdas*, Coimbra, Almedina.
- , 2013, «O controle de convencionalidade da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: uma visão portuguesa», São Paulo, *Revista dos Tribunais*, Ano 102, vol. 938.
- VITORINO, António, Juiz do Tribunal Constitucional, Relatórios Portugueses das Conferências dos Tribunais Constitucionais Europeus, IX Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus: «Proteção constitucional e proteção internacional dos direitos do Homem: concorrência ou complementaridade?», Paris, França, maio de 1993, disponível em www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos020105.html.

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 127/2010, § 6.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 150/85, § 4.