

JURISMAT

Revista Jurídica
Número 18
2023

Ficha Técnica

Título: JURISMAT – Revista Jurídica | Law Review – N.º 18
Director: Alberto de Sá e Mello
Edição: Centro de Estudos Avançados em Direito Francisco Suárez (ISMAT / ULHT / ULP)
Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes
Rua Dr. Estêvão de Vasconcleos, 33 A
8500-656 Portimão
PORTUGAL

Edição on-line: <https://recil.grupolusofona.pt/>
Catalogação: Directório Latindex – folio 24241
Correspondência: info@ismat.pt
Capa: Eduarda de Sousa
Data: Novembro 2023
Impressão: ACD Print
Tiragem: 100 exemplares
ISSN: 2182-6900

ÍNDICE

PALAVRAS DE ABERTURA	9
ARTIGOS	13
PAULO FERREIRA DA CUNHA	
Da banalidade dos tempos – Vetores da base social do tecido jurídico-político contemporâneo	15
ANA PAULA LOUREIRO DE SOUSA	
Breve itinerário do pensamento filosófico-jurídico de João Baptista Machado	35
TERESA LUSO SOARES	
O testamento romano: alguns aspectos	59
MARIA DOS PRAZERES BELEZA	
A intervenção acessória provocada pelo réu em processo civil	71
ANA ISABEL SOUSA MAGALHÃES GUERRA	
A influência e a importância das minorias nas decisões societárias.....	91
ANDRÉ INÁCIO	
Ódio, do discurso ao crime	107
JOSÉ PENIM PINHEIRO	
Crítica à culpa da personalidade - Contributo para o estudo da culpa na dogmática jurídico-penal	123
DORA LOPES FONSECA	
Violência doméstica: o reconhecimento jurídico da vítima – <i>Book review</i>	155
MIGUEL ÁNGEL ENCABO VERA	
El incumplimiento en la teoría general del derecho de obligaciones: breve estudio comparado en la legislación española y portuguesa	161
CRISTINA ALVES BRAAMCAMP SOBRAL	
A declaração de Cambridge e a irrefutável necessidade de atualismo do direito.....	179
CRISTINA BORGES DE PINHO	
Sociedade, multiculturalismo e direitos humanos (igualdade de género)	201

ARTIGOS DE LICENCIADOS E ESTUDANTES DO CURSO DE DIREITO DO ISMAT	227
AFONSO DE LOUSADA	
<i>Usucapio</i> no ordenamento jurídico português.....	229
FÁBIO JOSÉ MARQUES COELHO	
O crime de tráfico de estupefacientes – um caminho inacabado	243
JOANA BORRALHO ENTRADAS	
O direito de retirada – um direito pessoal do autor	271

Sociedade, multiculturalismo e direitos humanos (igualdade de género)

CRISTINA BORGES DE PINHO *

“Uma sociedade que não ri, que não sabe o que é o gáudio, que vitupera as cantigas de escárnio e de mal-dizer, que aceita, baixando a cerviz, o rasoiro de que tudo é igual a tudo, que não vê que há montanhas e abismos na alma, que tudo faz para que o substantivo seja igual ao adjectivo, sinceramente, não lhe auguro nada de bom, nem longa vida.”

Francisco d'Eulália, *Cadernos I Eu Também Sou Assim*

“Viajas para reviver o teu passado? – era agora a pergunta do Kan, que também podia ser formulada assim: - Viajas para achar o teu futuro?

E a resposta de Marco: - O algures é um espelho em negativo. O viajante reconhece o pouco que é seu, descobrindo o muito que não teve nem terá.”

Italo Calvino, *As Cidades Invisíveis*

JURISMAT, Portimão, n.º 18, 2023, pp. 201-225.

* Advogada; Presidente da Comissão dos Direitos Humanos da Ordem dos Advogados; Doutoranda em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade Lusófona de Lisboa.

Sumário: 1. Introdução/Resumo. 2. Sociedade e Comunidade: dois modelos de organização vivencial. 3. Sociedade e Comunidade: o instável (des)equilíbrio entre a segurança e a liberdade. 4. Multiculturalismo e Sociedades Multiculturais; 4.1. Conceitos e Causas; 4.2. Consequências; 4.2.1. Multiculturalidade e Perda de Identidade; 4.2.2. Multiculturalismo e Pluralidade de Éticas. Os Estados do “Policamente Correcto”. 5. Direitos Humanos; 5.1. Brevíssima Síntese histórica; 5.2. Os Direitos Humanos e a sua Consagração Constitucional; 5.3. O Princípio do Estado de Direito e a Dignidade da Pessoa Humana; 5.4. O Princípio da Igualdade Material e a Igualdade de Género.

1. Introdução/Resumo¹

As sociedades contemporâneas, multiculturais, democráticas e inclusivas, apesar dos riscos, da incerteza e da insegurança que comportam, são também as que maiores liberdades proporcionam. O modelo comunitarista de organização social apela à segurança, mas coarcta a liberdade.

A multiculturalidade, qualquer que seja a forma de assunção, é uma evidência. O pluri ou multiculturalismo reclama a consagração de novos direitos humanos, por vezes, meras especificações ou especializações de direitos já existentes. As políticas estaduais de inclusão, de tolerância ou de assimilação que a multiculturalidade exige, são, não raro, aplicadas a todas as minorias societárias, independentemente da origem do caudal cultural a que se aplicam. São políticas de combate à discriminação e à exclusão e, como tal, servem também para a formação dos “seus” cidadãos. Fundam-se numa ética que respeita o Estado de Direito e a Dignidade da Pessoa Humana, que qualquer multiculturalidade não pode, nem deve, esvaziar, ou sequer, violar.

A hipercomplexidade e o risco, timbre das sociedades hodiernas, reclamam, com frequência, o apelo exasperado à segurança, qual Estado Leviatão, que apenas coarcta a liberdade.

¹ O texto, escrito na grafia anterior ao acordo ortográfico mais recente, congrega vários temas que foram estudados no âmbito do Curso de Doutoramento em Direito, levado a cabo na Universidade Lusófona – Centro de Estudos de Lisboa, no âmbito do Seminário “Sociedade e Direito”, leccionado pelo Director da Faculdade, Senhor Professor Doutor José de Faria Costa.

As mudanças societárias implicam um ajustamento, quando, não mesmo, uma mudança de paradigma do Estado. Será cedo para falarmos na mudança do paradigma do Estado Social para o modelo de um Estado Regulador e Supervisor? Os direitos humanos acompanham estas transformações e transformam, eles próprios, a fisionomia dos Estados Contemporâneos desta “tardo-modernidade”.

Independentemente da configuração que o direito interno e o direito internacional confirmam aos “novos” direitos humanos, às designadas novas gerações de direitos humanos, por ora, o Estado de Direito e a Dignidade da Pessoa Humana são pontos cruciais de referência que não devem, sob pretextos aparentemente tentadores, como o politicamente correcto, ser abandonados.

Uma sociedade moderna, inclusiva, democrática e pluralista não pode prescindir da igualdade material que reclamam todos os seus cidadãos. Olhar para a multiculturalidade é, antes de mais, um olhar que as sociedades devem fazer a partir de dentro, a partir das suas próprias discrepâncias e discriminações. Pode, e deve, aproveitar-se a multiculturalidade para eliminar e erradicar a discriminação que grassa na sociedade de acolhimento. Um bom exemplo do que vem de dizer-se é, sem dúvida, a afirmação da igualdade de género.

2. Sociedade e Comunidade: dois modelos de organização vivencial

Em contraste com a vivência comunitária, que agrupa um conjunto de indivíduos com carácter de estabilidade tendo em vista a prossecução de um interesse ou fim comum considerado como modo de vida ou como modo de estar ideal, as sociedades actuais, também formas organizadas de convivência, exaltam os direitos humanos, apregoam o respeito pelo direito à diferença que o multiculturalismo implica e são tendencialmente democráticas e inclusivas.

Nas comunidades a exaltação do indivíduo apresenta-se secundária ou mesmo dispensável. O poder orienta para a consecução do interesse comunitário, sem levar em linha de conta a particular individualidade dos membros que a integram e em que se inserem. Os direitos e deveres dos indivíduos que a compõe são fundamentalmente identitários, porque concebidos para a realização ou prossecução do fim ou do interesse comum, em detrimento da diversidade dos interesses e das diferenças que possam evidenciar os seus membros. Há, assim, pouco, ou nenhum espaço para a consideração e para o respeito que merecem as minorias num universo multicultural inexistente, concepção vivencial que as sociedades hodiernas rejeitam.

A pouca abertura à evolução, impondo-se o tradicional e mesmo o conservadorismo que o sentir comunitário exige, contrasta com o pulsar das sociedades que apregoam o progresso. E com o progresso, mudam-se os critérios éticos, morais e jurídicos.

Nas comunidades não há razão para o pensamento crítico ou para a consideração do diferente, pois a identidade comunitária postula o mesmo fundamento, a mesma razão de ser, a mesma pertença imutável ou tendencialmente imutável. O progresso é lento. As ideias novas postergadas. A evolução e a abertura ao novo não são necessidades comunitárias.

A vivência comunitária propende para o autoritarismo, para a ditadura e para o monismo. Não se cultiva a democracia nem o pluralismo. Nelas, o interesse da pessoa individualmente considerada é desconsiderado, prevalecendo a ideia do colectivo: o indivíduo concebido como parte de um todo. A dignidade da pessoa humana, quando formalmente proclamada esgota-se na função ou funcionalidade que a uma pessoa está acometida para a realização do desiderato comum.

No entanto, as comunidades apresentam, paradoxalmente, um apelo irresistível: o sentido de pertença a um corpo individualizado (a aspiração de reconhecimento do indivíduo no seio do grupo, de relações de amizade), securitário (os interesses e fins estão pré-determinados e são garantidos por quem exerce o poder) e identitário (a partilha dos mesmos valores). Tal apelo serve a quem está disposto a abdicar, em boa medida, da sua liberdade.

3. Sociedade e Comunidade: o instável (des)equilíbrio entre a segurança e a liberdade

No modelo societário existe uma maior diversidade das relações que se estabelecem entre os seus membros. Compartilham-se um conjunto de normas e de valores que visam disciplinar as relações interpessoais e dirimir os conflitos que tais relações postulam. Por regra, as sociedades possuem a característica de maior impessoalidade entre os seus membros. Privilegiam-se, porém, as vontades individuais. Estabelecem-se, sobretudo, relações caracterizadas pela racionalidade. As relações são menos gregárias que as estabelecidas em comunidade e são gizadas fundamentalmente para se atingirem as finalidades a que se propõem os seus membros. Porém, a vinculação relacional interpessoal não é imutável ou tendencialmente imutável, porque o indivíduo tem autonomia e liberdade para procurar outros caminhos de acordo com seus interesses ou preferências. Assim se explica a maior liberdade individual que a vivência societária postula.

Nas comunidades verifica-se, não raro, o sentimento individual de segurança, de bem-estar, de familiaridade, de pertença. É o ideário de que se faz parte de algo que supera a individualidade dos seus membros. Quem quiser pertencer a uma comunidade terá de abdicar de parte da sua individualidade em prol da construção de uma identidade que a comunidade confere. Estabelecem-se, essencialmente, relações caracterizadas pela afectividade. O custo de se viver de forma tranquila e confiante, dir-se-á, segura, pelo apoio comunitário conferido, é a limitação da liberdade individual. Existe, naturalmente, um sentimento de maior segurança, de solidariedade, de vínculos recíprocos. Porém, a auto determinação, a autonomia pessoal e a autonomia de ser e de viver são fortemente coarctadas.

Se as sociedades postularem relações mais impessoais, por vezes até anónimas e distantes entre os seus membros, o que pode determinar sentimentos de solidão, abandono, receio, ou insegurança. Mas é também neles onde se encontra a maior amplitude dos direitos e liberdades individuais, como, por exemplo, a liberdade de pensamento, de opinião ou de expressão, de associação, etc....

As sociedades são abertas à diferença e permitem uma série de escolhas individuais: desde as escolhas sexuais, de género, de modo de vida, aos gostos culturais, ... onde, em suma, se permite o direito à diferença e a abertura à multiculturalidade.

Porém, se a segurança sem liberdade equivale à desumanização (porque a liberdade é um valor intrínseco da condição e dignidade humanas) a liberdade sem segurança equivale à impossibilidade de ser livre. As sociedades inseguras não permitem que os seus membros vivam em liberdade, temendo a perigosidade.

A natural tensão entre liberdade e segurança ou o seu instável (des)equilíbrio, no âmbito do agrupamento dos indivíduos em comunidade ou em sociedade pode ser enunciado desta forma: enquanto a comunidade confere segurança, mas reduz drasticamente a individualidade e a autonomia da pessoa humana, a sociedade possibilita a liberdade de escolhas, mas cria uma sensação de insegurança (isolamento) e medo do desconhecido (da desproteção). Porém, sem segurança, não há possibilidade de ser livre; e onde abunda a segurança, não há espaço para a liberdade.

Em sociedade, o homem tem igualmente de abdicar de parte da sua liberdade para permitir que a lei garanta a ordem e a segurança, pois, só assim, em segurança, pode exercer condutas livres. Essas limitações da liberdade são características de qualquer Estado de Direito.

As sociedades contemporâneas são sociedades de risco, onde os conceitos de incerteza, de imprevisibilidade, e de insegurança são bem conhecidos. É um dos custos do desenvolvimento técnico e tecnológico e do progresso, quantas vezes mobilizado pelo génio individual. Porém, o risco, que tende a coarctar a liberdade pela necessidade de controlo e de segurança é algo com que temos de aprender a conviver. O que não se pode ou deve permitir, é que em nome da segurança, com o pretexto de se acalmarem temores, a liberdade seja esvaziada e as acções livres, de tal modo controladas e/ou limitadas pelo poder que, da liberdade, mais não reste que a de pensamento.²

Em nome da segurança, a tentação de fazer intervir o direito penal é enorme. Porém, ao atribuímos ao poder, o poder de punir – em toda e qualquer circunstância – estamos a perder a liberdade que o próprio direito penal nos dá. Como ensina José de Faria Costa, o poder de punir que o direito penal encerra deve ser utilizado como *ultima ratio*. Mesmo que em nome da segurança, o direito de punir deve conservar este posicionamento. A intervenção penal coarcta a liberdade ambulatória, mas no entendimento do Autor, o direito penal é, sobretudo, uma ordem de liberdade e de segurança. *De poder de liberdade. De poder de segurança.*³ *O direito penal, qua tale, não protege, em bloco, in toto, a liberdade, nem muito menos a segurança.*

Explica o citado Autor, criticando *alguma doutrina mais virada para o politicamente correcto*, que a ordem penal é uma *ordem de liberdade*. Para além da coerção e limitação que o direito penal coenvolve, omite-se *que é o baluarte fundamental da definição, estadualmente legitimada, do justo e do injusto, do bem e do mal, do lícito e do ilícito ...que as nossas sociedades organizadas definem, através de processos constitucionalmente legitimados.*

O direito penal ao impor os limites da ordem da liberdade transmite segurança. Ao tipificar os comportamentos penalmente relevantes, dá um sinal de que todas as demais condutas humanas não implicam a constrição penal e

² Nas palavras de José de Faria Costa, “Funcionalizar o direito penal à segurança, por mor das “exigências” deste desmando pós-moderno, é estupidamente deitar fora as mais importantes conquistas históricas, filosóficas e dogmáticas de todo o percurso milenar do direito penal. É perder uma herança, um património espiritual que nos faz poder ser indivíduos e cidadãos com dignidade. É transformarmo-nos em *constructa*, em autómatos para lá de todos os limites de uma comunidade de homens e de mulheres livres. É ceder aos avanços dos que pretendem tudo controlar. É simplesmente perder a liberdade de ser em segurança ou alienar a segurança de ser em liberdade.”, in *Poder e Direito Penal (Atribuições em torno da Liberdade e da Segurança)*, in *Direito Penal e Liberdade*, Âncora Editora, 1ª Ed., Janeiro 2020, p. 34.

³ Ibidem, pp. 27 e ss.

simultaneamente, imprime segurança, pela garantia que confere aos cidadãos que apenas aqueles, e não outros comportamentos, implicam a pena criminal.

4. Multiculturalismo e Sociedades Multiculturais

4.1. Conceitos e Causas

A globalização incrementou o fenómeno da multiculturalidade.⁴ O desenvolvimento das redes de transportes e dos meios de comunicação e de telecomunicação, em especial, a *internet*, aproximou os povos e criou uma rede complexa de relações de interdependência económico-financeira e de transacções internacionais, que ultrapassam qualquer barreira geográfica que pretenda marcar uma fronteira entre qualquer país ou continente.

O fim do colonialismo determinou, outrossim, várias migrações da África e da Ásia, fomentando a multiculturalidade. As guerras religiosas e políticas são outro factor determinante desta realidade, para além das insuficiências económicas que grassam em inúmeros países, e que fundam a legítima expectativa dos migrantes aspirarem à obtenção de uma vida melhor, quantas vezes, apenas uma vida digna.

Os fluxos migratórios verificam-se também, cada vez com maior frequência entre os estudantes, cativados pela possibilidade de obterem melhores colocações laborais, quer nos seus países de origem, quer nos países que escolhem para se formarem. Paralelamente, assiste-se ao fluxo migratório de jovens licenciados nacionais que se deslocam para outros países em busca de melhores condições de vida.

⁴ *Comecemos por desfazer uma confusão conceptual e terminológica simples mas frequente: falar de sociedade multicultural não é a mesma coisa que falar de multiculturalismo. A sociedade multicultural é uma realidade. O multiculturalismo é apenas um modelo, ou um conjunto de modelos, que visa interpretar aquilo que entendemos por sociedade multicultural e, ao mesmo tempo, dizer o que devemos fazer, de um ponto de vista político, em relação a ela. Sociedade multicultural é um conceito descritivo, enquanto multiculturalismo é um modelo normativo. Podemos concordar como facto de que a maior parte das sociedades em que vivemos são multiculturais, mas não temos de concordar com a perspectiva multiculturalista sobre essas sociedades. A menos que, como sugere Nathan Glazer, hoje já sejamos todos multiculturalistas. Porém, não creio que assim seja.* – João Cardoso Rosas, Revista de Relações Internacionais Junho: 2007 14 [pp. 047-056] 047 *Europa: Desafios e Políticas – Sociedade multicultural conceitos e modelos* – Consulta na Internet em 3 de Julho de 2023.

A par dos mencionados fluxos migratórios, sente-se já o eco da migração climática.

Independentemente das aceções em que a palavra multiculturalismo pode ser utilizada⁵, tomá-la-emos no seu sentido mais abrangente. Assim, uma sociedade multicultural é aquela em que o conceito de cultura⁶ é tão lato que permite albergar no seu seio, grupos de pessoas de raças e etnias diferentes, com costumes, língua e religiões distintas, e que confere às minorias a tolerância e impõe o respeito pelo padrão diferenciado da maioria, reconhecendo a todos os seus membros os mesmos direitos, sem discriminações injustificadas.

⁵ Podemos dizer que uma sociedade é multicultural quando existem diversas *nações históricas, com uma língua própria e uma história distinta, na mesma comunidade política. Neste sentido, por exemplo, Portugal não é uma sociedade multicultural, enquanto a Espanha o é*, ou, também, noutra aceção, quando no seu território convivem diferentes etnias, com costumes, religião e língua diferentes, etnias distintas originadas pelo fenómeno da imigração. A maior parte das sociedades europeias hodiernas são, nas apontadas aceções multiculturais: multinacionais e multiétnicas. Porém, num sentido mais profundo, o conceito de sociedade multicultural surge associado às sociedades que reconhecem no seu seio a existência de direitos aos diferentes grupos que a integram, alargando o conceito de cultura às minorias étnicas, raciais, sexuais, de género... reconhecendo e respeitando as respectivas diferenças. Esta última aceção, como ensina João Cardoso Rosas, op. cit. é devido ao pensamento da filósofa americana Iris Marion Young, que *estabelece uma isomorfia entre as diferentes minorias na sociedade americana – índios, afro-americanos, judeus, hispânicos, homossexuais – e mesmo um grupo que de todo não pode ser considerado uma minoria: o das mulheres. O operador conceptual que permite a Young retirar o seu coelho multicultural de uma cartola cheia de coisas tão diversas é o de «opressão».*

Os diferentes grupos mencionados são vistos como vítimas históricas de opressão por parte da sociedade maioritária. Essa opressão é exercida sob diversas formas: exploração económica, marginalização, redução à impotência, imperialismo cultural e violência. Ainda que a violência, aberta ou latente, tenha sido recorrentemente usada contra estes grupos, a opressão de que eles foram e são alvo exerce-se quase sempre de um modo sub-reptício: ao nível dos símbolos e hábitos que levam a uma interiorização negativa das suas identidades. Para Young, a sociedade multicultural será aquela que reconhece a existência destes diferentes grupos e que aceita as suas diferenças e as suas vozes distintas. Assim, a multiculturalidade estende-se àquilo a que se costuma chamar os «movimentos sociais», feministas, gays e lésbicas, movimentos de libertação dos negros, dos índios, etc. A sociedade multicultural é uma «sociedade arco-íris». – Conceção que o A. critica, pese embora tal desenvolvimento não caiba no excuro do presente texto.

⁶ Numa das definições clássicas deste último termo (e muitíssimas outras haveria a considerar, enfatizando um particular aspecto da essência ou do processo de construção cultural) *postula-se cultura como a totalidade de experiências acumuladas e transmitidas socialmente, compreendendo assim todas as formas extrabiológicas da vida e actividade humana. Nesta concepção, a cultura é transportada de uma para outra geração, não por via de herança genética mas por meio da transmissão social, vivida e convivida num processo de socialização inicial e de sociabilidade continuada, que se inicia com o nascimento e só se extingue com a perda das faculdades intelectuais ou com a morte.* – Maria Beatriz Rocha-Trindade, *Portugal, uma sociedade multicultural*, in Janus On Line, Janus 2001 – consultado na Internet em 3 de Julho de 2023.

4.2. Consequências

Nesta acepção, o multiculturalismo gera sociedades inclusivas, ao contrário das sociedades monoculturais, onde impera o nacionalismo, por vezes exacerbado, onde as populações imigrantes são obrigadas a assimilar a cultura (usos, tradições, língua e religião) dos países de acolhimento, sem o reconhecimento que a sua identidade cultural e tradicional postula.

Os nacionalistas tendem a considerar apenas os aspectos negativos do fenómeno: a perda de identidade cultural dos países, a criminalidade associada aos fluxos migratórios (intra e extra imigrantes), o desequilíbrio económico e financeiro que a recepção de estrangeiros implica, mormente na ocupação de postos de trabalho destinados aos nacionais, fomentando o desprezo, a incompreensão e o discurso do ódio contra a recepção destas populações pelos países de acolhimento. As nações mais democráticas tendem a realçar os aspectos positivos da multiculturalidade: novas formas de aprendizagem, novas formas de compreender os problemas, novas competências e novas mentalidades, em suma: inovação.

Como bem se compreende, as sociedades multiculturais - que se pretendem democraticamente inclusivas, sociedades pluralistas - tiveram e têm de se adaptar ao choque cultural que a migração implica. Contudo, aceitar as diferenças não significa perder o referente basilar dos valores fundantes de uma nação.

Portugal tem lutado contra a discriminação e o preconceito. É uma nação inclusiva e democrática, mas não pode, em nome da diferença, tolerar qualquer ataque ao Estado de Direito (Democrático) e à dignidade da pessoa humana, seu primeiro pilar. Por muito que as tradições de outros povos consintam, por exemplo, no absurdo que constitui a mutilação genital feminina, ou aceitem práticas de violência de género, ou actos de terror para impor a sua religião, tais diferenças culturais jamais poderão ser toleradas em nome da multiculturalidade, impondo-se, antes, a sua repressão e, no limite, a sua criminalização, como forma de preservação dos valores da dignidade da pessoa humana. A liberdade concedida ao outro termina quando ofende os valores fundantes de um qualquer Estado de Direito.

A multiculturalidade implica que se desenvolvam novas formas de diálogo e de cidadania, a postular a exigência de novos direitos. Porém, não se impedem os problemas conflituais emergentes, que envolvem novas formas de discriminação e de exclusão social.

Uma vez mais, a educação é chamada a desempenhar um papel determinante na aceitação do outro e na sua inclusão do “outro” com o “eu”. Não querer ver que as sociedades contemporâneas tendem cada vez mais para a multiculturalidade é negar o óbvio. Não fomentar a interculturalidade será uma opção político-ideológica condenada ao fracasso, a menos que uma nação se feche em si mesma, num nacionalismo absurdo, cujo isolamento conduzirá à extinção. Já nenhuma sociedade pode viver isolada do mundo.

4.2.1. Multiculturalidade e Perda de Identidade

Pode ser-se inclusivo, sem perda de identidade. A integração cultural e interação entre culturas, o interculturalismo, é, assim, fruto de uma ideologia política e social que tenha como objectivo a promoção da igualdade de oportunidades, do verdadeiro exercício de cidadania, a promoção da coesão social e a inclusão das minorias. Que promova a luta contra a exclusão, a xenofobia e o etnocentrismo, a luta contra o preconceito, o estereótipo e contra a discriminação.

Nem todas as nações multiculturalistas assumem a mesma orientação política para a mencionada consecução.

Há modelos que orientam o multiculturalismo para o mero conceito de tolerância. O respeito pelo outro, pela sua dignidade humana, mas sem atribuir às minorias direitos especiais que possam contender com os valores fundantes das maiorias, ou, sequer, atribuir-lhes prerrogativas ou isenções não atribuíveis à maioria dos membros da sociedade.

Outros modelos, para além da tolerância, visam, igualmente, a inclusão. Nesta inclusão podem estar implicadas políticas de atribuição de direitos específicos ou mesmo de isenções a grupos minoritários. A igualdade não será suficiente. Necessário se torna, também, apoiar a diferença. Fazem-se necessárias políticas da diferença, que acabam por se aplicar quer às minorias nacionais, quer às minorias de imigrantes.^{7/8}

⁷ Na economia do presente trabalho não cabe a discussão sobre os diversos modelos de multiculturalismo: liberal e comunitarista, nem o estudo das concepções antimulticulturalistas liberais e democráticas. Para maiores desenvolvimentos, *vide* João Cardoso Rosas, *ob. Cit.* p. 10.

⁸ Concepção que parece ser a adoptada por Maria Beatriz Rocha-Trindade: *Esta atitude é a única totalmente conforme com a dignidade do carácter único do género humano, tal como expressamente reconhecido na Declaração Universal dos Direitos do Homem. No entanto, mais do que tomar uma posição proibitiva de todas as formas de discriminação que possam ocorrer devido a diferenças étnicas ou culturais, importa ir mais além. É importante ultrapassar uma fase algo paternalista e etnocêntrica do pensamento cívico.*

Portugal é um país que conhece bem a multiculturalidade: país “que deu novos mundos ao mundo”, que colonizou terras e povos na era dos descobrimentos, que teve uma fortíssima emigração nas décadas de 50 e 60 do século passado, que, fruto da descolonização pós 25 de Abril, recebeu muitos emigrantes, nacionais e colonizados, que assiste ao regresso dos seus emigrantes mais coevos, que assiste ao novo fenómeno da emigração de jovens promessas que saem porta fora para alcançar salários mais condignos, mas simultaneamente país que, em derradeira análise, constitui a porta da entrada para a Europa dos migrantes de todo o mundo.

Quem não presenciou já múltiplas reacções adversas ao diferente? Reacções xenófobas ou mesmo racistas, face a minorias culturais étnicas e raciais? O “ridículo” do vestuário ou do traje, os hábitos e restrições alimentares “incompreensíveis”, a modelação familiar “imoral” ou pura e simplesmente “estranha”, a culinária e a confecção dos alimentos seguramente “intragáveis”, a religião e a fé dos “ímpios”, a forma de abate de animais destinados a alimentação qual estranheza “censurável”, as formas e formalidades de actos solenes em torno de uma festividade, a língua “maltrapilha ou atrapalhada”, em suma: uma reacção adversa à diferença?

4.2.2. Multiculturalismo e Pluralidade de Éticas. Os Estados do “Politicamente Correcto”

A hipercomplexidade e fragmentação das diversas actividades que se desenvolvem em contínuo progresso nas sociedades contemporâneas, a exigir, cada um desses fragmentos, novas regulamentações, novos direitos e salvaguardas, novas éticas, ou novas especializações de éticas mais gerais, o fenómeno da multiculturalidade não é, também ele, alheio à reclamação de uma nova ética (política, social, educacional...).

No entanto, independentemente da assimilação e, ou, do sincretismo cultural - por vezes e em determinados sectores da cultura, inevitáveis - uma sociedade multicultural que respeite a individualidade das minorias que acolhe no seu ser, não deve abdicar de uma ética basilar, fundante e geral, que assente na prevalência da vontade do indivíduo, enquanto ser único e irrepetível, pois que, a liberdade e a autonomia pessoal são pilares da dignidade humana, valor cimeiro de qualquer Estado Democrático. Consideramos ser esta a valoração e o polo agregador e intangível de qualquer corpo societário, independentemente

que se limitasse a preconizar a "abertura" ou a "tolerância" em relação às diferenças. Importa sobretudo, numa nova perspectiva, reconhecê-las, assumi-las e considerar a diversidade como um factor de enriquecimento da sociedade. (ob. cit., Portugal...).

das múltiplas éticas sectoriais ou regionais que nele possam coexistir, fruto, inclusivamente, do multiculturalismo.

Pensar uma ética universal, dotada de generalidade e abstração que sirva uma sociedade globalizada, digital e pluricultural é uma utopia. O Estado de Direito, baseado na dignidade da pessoa humana, traço comum de uma qualquer ética global, tende, porém, a apadrinhar, leia-se, a legalizar o estabelecimento de diferentes éticas sectoriais ou regionais, disponíveis para todos os tipos de relações sócio-económico-profissionais-culturais-desportivas, etc., que se estabelecem entre os membros que habitam o seu território e que permitam o desenvolvimento das suas relações interpessoais, visando a prevenção e a resolução de conflitos.

Se, como salientámos, as modernas sociedades multiculturais postulam relações mais impessoais, por vezes até anónimas e distantes entre os seus membros e entre estes e os diversos grupos minoritários de origem ou de migrantes, o que pode determinar sentimentos de isolamento, receio, ou insegurança, é também nelas onde se encontra a maior amplitude dos direitos e liberdades individuais.

A multiculturalidade pressupõe, no entanto, o esvaziamento substantivo de alguns princípios éticos, para não se contender com as concepções democráticas dos Estados que se querem inclusivos. Pratica-se a ética da tolerância e da inclusão, a que surge, com frequência, associado, o advento impulsionador do “politicamente correcto”, e desta forma dá-se início a uma censura e auto-censura que inibe e tolda a liberdade de expressão. Esta tendência pode fazer perigar o Estado de Direito, e, em consequência, as próprias éticas sectoriais. É, possivelmente, o efeito mais nefasto da multiculturalidade.

A crítica à ditadura do “politicamente correcto” que tão bem Roth retrata na personagem de Coleman Silk,⁹ deve ser levada a sério, sob pena de se transformar a democracia em ditadura. Sabidamente, liberdade e repressão, possuem linhas muito ténues.

A hiper especialização e complexidade das diversas actividades da vida nas sociedades contemporâneas, também fractais, por vezes, factor de anomia, tem postulado a criação de variadíssimas tipologias de éticas, ditas regionais, que perpassam praticamente todas as vivências societárias. Podem ser vistas como formas de defesa, mas constituem, simultaneamente, formas de divisão, quando, não mesmo, de discriminação e de desagregação do corpo social.

⁹ Philip Roth, *A Mancha Humana*.

Formam-se indivíduos à parte,¹⁰ formatados na sua particular ética que cada um pretende universal, porque conhecida e entendida como a melhor. Deste modo, em detrimento de se prevenirem os conflitos, estes tendem a aumentar.

O isolamento – contrário à inclusão – pode tornar-se uma realidade: “um” não se revê na ética do “outro”. Falha a comunicação, o principal elo de ligação entre os membros de uma sociedade. Gera-se o conflito e o divisionismo. Procuram-se agregações comunitárias, monolíticas e por vezes com valorações conflitantes com o Estado de Direito: também os *gangs*, os indivíduos que vivem em guetos ou acantonados em certos territórios, possuem as suas próprias éticas.

É pois, indispensável que os Estados quando acolhem ou apadrinham éticas sectoriais, regionais, de qualquer proveniência (social, educacional, profissional, desportiva, empresarial, económico-financeira ...), de qualquer minoria (residente ou migrante), jamais abduquem de nelas verter as concretizações do princípio da dignidade humana e suas decorrências primaciais, enquanto especializações de uma ética fundante do Estado de Direito. Ao mesmo tempo, devem controlar o impulso dinamizador da igualdade através do “politicamente correcto”, correcção que apenas escraviza e que não liberta.

Como diria Joe: *Nobreza de espírito é o grande ideal! É a realização da verdadeira liberdade, e não pode haver democracia, mundo livre, sem este alicerce moral. (...) A obra-prima de Whitman, a sua visão global é exactamente acerca disto: a vida como uma demanda da verdade, do amor, da beleza, do bem, e da liberdade; a vida como a arte de nos tornarmos humanos através do culto da alma humana. Tudo isto se exprime em “nobreza de espírito”: a encarnação da dignidade humana.*¹¹

Uma ética da liberdade só pode ser vivida em democracia. Para Espinosa, “a essência da liberdade (...) não é mais do que a própria dignidade”.¹²

¹⁰ “Aujourd’hui maman est morte, ou peut-être hier, je ne sais pas...”, assim começa a saga do estrangeiro, que Camus retrata na personagem de Meursault, um ser que vive em plena anomia, com total indiferença pelas valorações sociais acolhidas pela maioria, uma existência pessimista que não deixa de retratar uma forte crítica ao “acerto” das concepções dominantes, tidas por correctas. Meursault, um homem sem qualquer ética social, que não seja a sua falta de ética. O homem que se afasta da mundivivência religiosa judaico-cristã, e que é morto, não por haver matado, mas porque não chorou no funeral da mãe.

¹¹ Rob Riemen, in *Nobreza de Espírito Um Ideal Esquecido*, Editora Bizâncio, Abril de 2011, p. 29.

¹² Citando Espinosa, Rob Riemen, *ob. cit.*, *Nobreza ...*, p.40, descreve o que considera ser o essencial do tratado, a Ética do filósofo: “‘Contendo uma quantidade de dissertações, em

Uma sociedade multicultural, qualquer que seja o modelo que acolha da própria multiculturalidade impõe o reforço dos direitos humanos.

5. Direitos Humanos

5.1. Brevíssima Síntese Histórica

Os direitos humanos são tão antigos quanto a existência da própria humanidade. Conceda-se-lhes uma origem natural ou positiva, pressuposta ou posta, invoque-se o jusnaturalismo, o jusracionalismo ou qualquer positivismo, desde sempre o Homem se interrogou sobre a beleza, a verdade e o bem.

Sabidamente, várias foram as correntes e os pensadores que ao longo da história se questionaram sobre os ideais da existência humana, das relações entre a *polis* ou entre os Estados e o Direito dos homens que ali habitam. Vale por dizer, das valorações que lhe são inerentes, como, por exemplo, a justiça, a liberdade, a igualdade, e mais recentemente o pluralismo, considerados valores primordiais e acolhidos expressamente em alguns textos constitucionais.¹³

O embrião da visão moderna dos direitos humanos pode, no entanto, reportar-se às ideias humanistas que surgem na Europa, no ciclo que decorre entre o Renascimento e o Iluminismo, nomeadamente com a neo-Escolástica ou Segunda Escolástica. Anotem-se as concepções do jusracionalismo da Escola do Direito Natural, com forte implementação na Holanda, Alemanha e Inglaterra. E, entre nós, com a Escola Peninsular de Direito Natural. Correntes jusnaturalistas que reafirmam o “Direito e o Estado metafísica e ontologicamente alicerçados numa concepção teocêntrica”.¹⁴ Entre as vozes mais representativas do jusnaturalismo e do jus-internacionismo destaquem-se as de Francisco de Vitória, Domingo de Soto, Luís de Molina, Francisco Suárez

que se mostra que a liberdade de filosofar pode não só ser garantida sem dano para a Piedade e a Paz do Estado, mas também que a Paz do Estado e a Piedade são ameaçadas pela supressão dessa liberdade.” Liberdade de pensamento, liberdade de opinião e tolerância devem ser o objectivo das políticas. Isto é de igual importância para o próprio Estado: “Que maior desventura se pode conceber para um Estado do que a do homens honrados serem enviados como criminosos para o exílio porque sustentam opiniões diversas que não conseguem disfarçar?” Espinosa conclui portanto, nesta obra de 1670, que a democracia é a forma de governo que melhor salvaguarda esta liberdade.

¹³ Cfr. Milagros Otero Parga, *Valores constitucionales – Introducción a la filosofía del derecho: axiología jurídica*, Universidad Autónoma del Estado de México, 2001, p. 45.

¹⁴ Para maiores desenvolvimentos vide, Almeida Costa, Mário Júlio de, com a colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos, *História do Direito Português*, 5ª ed. Rev. E Act., Almedina, Abril de 2019, pp. 377 e ss.

e do português D. Jerónimo Osório, ao lado de Hugo Grócio e Serafim de Freitas.

Lançado o embrião, a Modernidade, ilustrada no Jusnaturalismo Racionalista (Hobbes, Locke, Pufendorf, Thomasius, Wolff...), marca decisivamente o cunho dos direitos humanos. A Escola Racionalista do Direito Natural advoga que "...tal como as leis universais do mundo físico, também as normas que disciplinam as relações entre os homens e comuns a todos eles são imanentes à sua própria natureza e livremente encontradas pela razão, sem necessidade de recurso a postulados teológicos".¹⁵ É o direito natural a libertar-se de pressupostos metafísicos-religiosos.

O Iluminismo holandês e inglês, pese embora com diferentes matizes nos diferentes países que posteriormente o acolheram, caracteriza-se por uma forte concepção individualista-liberal. O Estado e o Direito devem ser compreendidos com tendo na sua base os direitos do indivíduo.¹⁶

O Humanitarismo, resultante do Iluminismo, no âmbito do direito penal (global), representado em França por Montesquieu e Voltaire, em Itália por Beccaria e Filangieri, e em Portugal por Mello Freire, permitiu uma compreensão do direito de punir desligado de pressupostos religiosos, ao mesmo tempo que assentava na ideia que o direito penal devia mover-se nos limites da justiça e do respeito pela dignidade humana.

O Individualismo político e o liberalismo económico do século XIX trouxeram novas concepções dos direitos humanos. Exalta-se a liberdade¹⁷ (religiosa,

¹⁵ Almeida Costa, Mário Júlio de, com a colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos, ob. cit., *História...*, pp.391-392.

¹⁶ Como ensinam Mário Júlio de Almeida Costa e Rui de Figueiredo Marcos, ob. cit. pp. 397 e ss., o Iluminismo francês gerou o movimento conhecido como Enciclopedismo, a que se ligam os nomes de Montesquieu, Voltaire, Rousseau, Diderot e D'Alembert, a que acresceu todo o cenário da revolução de 1789, enquanto na Alemanha a corrente literária do Classicismo surge relacionada com o Iluminismo (Lessing, Herder, Goethe, Schiller, são alguns dos seus expoentes), e a filosofia jurídica e política com influência do jusracionalismo, encontra expressão em Pufendorf, Thomasius e Wolff, por exemplo. Também Portugal, Espanha e Itália viveram as luzes do iluminismo. O nosso país foi fortemente influenciado pela corrente iluminista italiana, sobretudo, através do génio de António Luís de Verney.

¹⁷ Como assinala Rebeca Fernandes Dias, *a liberdade de um grupo cada vez menor depende do controle cada vez mais incisivo de uma camada social cada vez maior*. Alerta a Autora para a interessante reflexão de Zygmunt Bauman sobre o paradoxo da liberdade na atualidade: *ao mesmo tempo em que adquirimos a liberdade, a ponto de não sentirmos necessidade mais de reivindicá-la, encontramos-nos paralisados e conformados com a realidade que nos é apresentada, perdemos, portanto a capacidade de ação e de mudança, tornando a liberdade um valor vazio na medida em que não possibilita a*

política, jurídica), na lógica de que qualquer homem nasce com direitos naturais que o Estado tem por missão garantir e fomentar. A liberdade postula a igualdade como meio de a alcançar. O poder baseia-se na soberania popular e nacional. Surgem as monarquias constitucionais e parlamentares e nas respectivas constituições inscrevem-se os direitos humanos fundamentais.

É, contudo, na época do Direito Social (do Estado Social), após as duas grandes guerras, que os direitos humanos ganham uma dimensão crescente e sem paralelo. O progresso científico, industrial e tecnológico, e a criação de sociedades de massas dotadas da característica da multiculturalidade, impõe a intervenção do Estado em todos os sectores de actividade. A limitação da liberdade contratual e da autonomia da vontade do período liberal é uma constante.

Assiste-se, nos dias de hoje, a uma verdadeira hiperbolização de direitos. O desenvolvimento técnico e tecnológico e a robótica implicaram uma enorme especialização de todas e quaisquer actividades societárias. A inteligência artificial já não está à espreita. Já se introduziu nos hábitos diários dos que vivem nos países ditos desenvolvidos, e ao lado da robótica, prometem revolucionar o século XXI. Do Estado intervencionista, passa-se ao Estado híper intervencionista (e também, para alijar a sua responsabilidade crescente, fruto da segurança que o progresso sempre reclama) ao Estado Regulador e Supervisor.

Bem se compreende, pois, que os direitos humanos sofram igualmente uma hiperbolização.¹⁸

construção de um mundo melhor. In Segurança x Liberdade e sua “Conciliação” na Modernidade e na Sociedade Contemporânea, Cad. Esc. Dir. Rel. Int. (UNIBRASIL) Vol. 2, n.º 25, JUL/DEZ 2016, p. 94.

Nas palavras da Autora, as dimensões da liberdade e da segurança são inconciliáveis: Percebe-se então que, como contrapeso da liberdade, o liberalismo cria uma formidável extensão de controle, constrição e coerção, em nome da segurança, na mesma proporção em que se cria e se produz liberdade. A busca de se conciliar o inconciliável, próprio do processo histórico da modernidade (emancipação e regulação) vem acarretar exatamente a crise do liberalismo (decorrente, segundo Foucault, da própria crise do capitalismo) e de sua governamentalidade.

¹⁸ Entre nós está em curso a revisão constitucional. Os órgãos de comunicação social e os especialistas vão dando conta que uma das alterações mais significativas consiste em aditar mais direitos, quer no âmbito dos direitos liberdades e garantias, quer no elenco dos direitos económicos, culturais e sociais. Aditamentos, por vezes, meras especializações de outros direitos já consagrados constitucionalmente. A título de exemplo: ao lado do direito à segurança social, pugna-se, agora, pela consagração do direito à previdência social.

Há mesmo quem caracterize a era hodierna, das sociedades do século XXI, como a “crise do Estado Social”, ou o “Estado Pós Social”,¹⁹ era histórica actual já apelidada de pós-modernidade, a que alguns Autores, como José de Faria Costa, preferem designar por “tardo-modernidade”.²⁰

Beck assume estarmos na era da sociedade de risco. A hipercomplexidade é outra das suas características, como se salientou. A globalização e o multiculturalismo impõem, seguramente, um diferente modelo de Estado numa contemporaneidade que já foi apelidada como quarta revolução industrial.

Nascem, assim, novos direitos de protecção: a protecção do ambiente, a protecção contra avanços tecnológicos e científicos que possam fazer perigar a existência do homem tal como o conhecemos na sua estrutura genética (atente-se, por exemplo, no risco da clonagem), a protecção de culturas autóctones, a protecção e promoção da igualdade efectiva das mulheres, a protecção de várias minorias de natureza étnica, racial, religiosa, de orientação sexual..., a protecção dos mais vulneráveis...

Infelizmente, o reconhecimento de novos e mais variados direitos humanos não anda de mão dada com a efectiva protecção que os mesmos conferem. Tal como sucede com as incriminações penais, não é pelo facto de estarem tipificadas como crime que os bens jurídicos que ali se tutelam deixam de ser violados. De resto, já de há muito se sabe, que a hipercriminalização implica o fenómeno contrário ao pretendido: a banalização da criminalização enfraquece a prevenção e desprotege quem, assim, se sente seguro - falsa e ingrata aparência de segurança.

Além do mais, não devemos esquecer o nosso ponto de partida: se é certo que a função principal do direito penal *é a protecção de bens jurídicos*, agregam-se *complementarmente outras funções ou vertentes, se se quiser, daquela primeira função, quais sejam: a garantia, a segurança e a coesão*. O carácter fragmentário do direito penal na protecção de bens jurídico-penais é, outrossim, *uma densificação* da enfatizada ideia de que *o direito penal exprime uma ordem de liberdade*.²¹

¹⁹ Assim, António J. Porras Nadales, citação de Jorge Bacelar Gouveia, ob. cit., *Direitos Fundamentais...*, p.93.

²⁰ *Apontamentos das Lições proferidas no Seminário Sociedade e Direito*, integrado no Curso de Doutoramento da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona – Centro de Estudos de Lisboa – ano lectivo 2022/2023.

²¹ *Direito Penal*, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1ª ed., Outubro de 2017, pp. 21 e ss.

5.2. Os Direitos Humanos e a sua Consagração Constitucional

A protecção jurídica da pessoa humana encontra caminho fértil nas Constituições dos diversos Estados. Entre nós, esta protecção é constitucionalmente conferida no âmbito da consagração dos direitos fundamentais.²²

No entanto, os direitos humanos são igualmente objecto de tutela jurídica fora do designado Direito Constitucional dos Direitos Fundamentais. Por exemplo, no Direito Penal (mediante as garantias fundamentais de defesa e a consagração de direitos às vítimas), no Direito Administrativo (por força da atribuição de direitos e garantias dos administrados), no Direito Civil (através da tutela dos direitos de personalidade), no Direito Internacional Público (por força do desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos do Homem), no Direito da União Europeia (através da Carta de Direitos Fundamentais de Direitos Fundamentais (CDFUE), no Direito Fiscal (na concessão de garantias aos contribuintes), no Direito do Trabalho (ao consagrar o direito ao trabalho e os direitos dos trabalhadores).

Destaca-se o Direito Penal, a partir do Iluminismo, por força da mudança de paradigma implicada pelo Humanitarismo, a postular uma crescente humanização do *ius puniendi* e o combate ao arbítrio punitivo.

A inscrição de direitos de natureza penal e processual penal, garantísticos da protecção da pessoa, nas primeiras Constituições, bem reflecte a dureza das penas criminais, privativas dos mais dignos direitos humanos: a liberdade e a vida.²³

A protecção internacional dos direitos humanos²⁴, dinamizada a seguir à II Guerra Mundial, continua em plena expansão, visando-se, mais recentemente, a

²² Verdadeiramente, não existe uma diferença de conteúdo material entre os direitos humanos e os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. A distinção é, sobretudo, a sua vertente nacional ou internacional, preferindo-se, nesta última, a nomenclatura de direitos humanos ou direitos do homem. Assim ensina Jorge Bacelar Gouveia.

²³ Portugal foi o primeiro país europeu a abolir a pena de morte (1867). Para os crimes políticos tal pena foi abolida em 1852. Por força de comutação régia, desde 1943, não foi aplicada a pena de morte no nosso país. O código de Justiça Militar manteve, contudo, a pena de morte. Porém, o actual artigo 24º, n.º2 da CRP proíbe-a em definitivo.

²⁴ Não cabendo na economia do presente estudo a enumeração de todos os Organismos e de todos os textos internacionais que se prendem com a protecção jurídica dos direitos humanos, salientaremos apenas os seguintes documentos mais impressionantes, sob a égide da ONU, do Conselho da Europa, e dos Sistemas Americano e Africano de direitos humanos, seguindo de perto a exposição de Jorge Bacelar Gouveia:
- A Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) – 1948;

protecção das minorias (étnicas, religiosas), ao mesmo tempo que se acentua o direito à liberdade de orientação sexual e dos direitos das mulheres ou a igualdade de género. Os direitos humanos também acompanham o rumo e o ritmo das sociedades multiculturais contemporâneas.

5.3. O Princípio do Estado de Direito e Dignidade da Pessoa Humana

Como é sabido, o Princípio do Estado de Direito, numa acepção muito simples, significa que o poder do Estado está submetido a leis que disciplinam substantivamente a sua actuação. É a garantia contra o arbítrio do poder. Tal princípio, no nosso ordenamento jurídico resulta plasmado, para além de outras disposições, no preâmbulo da Constituição e no seu artigo 2º, onde se assume que “A República Portuguesa é um Estado de Direito Democrático...”.

Centrando-nos no plano nacional, diversas são as densificações daquele princípio. Como ensina Jorge Miranda, só existe [o] Princípio do Estado de Direito, quando no seu seio se possam albergar o direito à vida e à integridade pessoal, à liberdade (física) e segurança individual, à liberdade de consciência e de religião, à igualdade jurídica, para além de se postular a pluralidade de órgãos governativos, a reserva da função jurisdicional aos tribunais, o princípio da constitucionalidade e sua fiscalização e a responsabilidade do Estado no ressarcimento dos danos causados pelos seus órgãos e agentes.²⁵

Embora o Autor não o refira expressamente, o conjunto de direitos que elege para a densificação do princípio do Estado de Direito constituem inequivocamente manifestas expressões da dignidade da pessoa humana.²⁶ Esta é o próprio fundamento do Estado de Direito (do Estado e do Direito). A pessoa é o fim último (ou primeiro) do próprio Estado e do Direito.

- A Carta das Nações Unidas (CNU) – 1945;
- O Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP) – 1966;
- O Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC) – 1966;
- A Convenção europeia dos Direitos Humanos (CEDH) – 1950;
- A Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) – 1969;
- A Carta Africana dos Direitos do Homem dos Povos (CADHP) – 1981
Para maiores desenvolvimentos, vide, *Direitos Fundamentais, Teoria Geral – Dogmática da Constituição Portuguesa*, Almedina, Fevereiro de 2023, pp. 44 e ss.

²⁵ *In A Constituição de 1976 – formação, estrutura, princípios fundamentais*, Lisboa, 1978, p. 476;

²⁶ São várias as concepções da dignidade da pessoa humana. Aponta-se-lhe uma profunda raiz no Cristianismo. A dignidade da pessoa, nesta roupagem, implica a consideração da pessoa concreta, solidária, fim em si mesmo e pessoa-essência. – cfr. Jorge Bacelar Gouveia, ob. cit. *Direitos...*, pp. 129 e ss.

O artigo 1º da Constituição da República Portuguesa consagra a dignidade da pessoa humana como base da nação soberana. Para além de outras menções constitucionais,²⁷ assinala-se-lhe o carácter de direito inviolável e insusceptível de suspensão, o que bem denota a sua importância. A sua dimensão internacional está bem expressa nos parágrafos 1º e 5º e no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos.²⁸

Como deixámos exposto, na densificação do Estado de Direito proposta por Jorge Miranda surgem elencados outros direitos. Não cabendo no presente excuro a sua análise, optámos por eleger o direito à igualdade, na perspectiva de uma sociedade multicultural, inclusiva e democrática, apenas com o objectivo de ilustrar a emergência de uma nova geração de direitos humanos que ainda não fez o seu caminho: a igualdade de género, ou se preferir, a igualdade efectiva entre homens e mulheres.

Com efeito, aquela igualdade, aportada pelos movimentos feministas é hoje reconhecida como factor de progresso e de desenvolvimento social. No entanto, várias culturas (nacionais e internacionais) advogam ainda a marginalização, ou mesmo, a rejeição deste ideal.

Entre nós, a violência doméstica é vista como expressão de violência de género, tal como a mutilação genital feminina, os casamentos forçados ou arrançados, as violações e outros crimes sexuais, o tráfico de pessoas, ou o lenocínio, cujas vítimas são predominantemente mulheres. Não obstante a sua criminalização, continuam a praticar-se, e, nalguns casos, constituem costumes culturais de populações migrantes (ainda que já há muito estabelecidas nos estados de acolhimento), pessoas portadoras de outros valores, de outros usos e costumes, pessoas de outras raças e etnias. Neste multiculturalismo também vai implicada a ideia de desigualdade entre homens e mulheres e entre os papéis que tradicional e culturalmente a cada um dos géneros são atribuídos.

²⁷ A título meramente exemplificativo, os artigos 26º, n.ºs 2 e 3, 67º, n.º 1 al. e), 206º.

²⁸ Parágrafo 1º: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”; Parágrafo 5º: “Considerando que, na Carta, os povos das Nações Unidas proclamaram, de novo, a sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana na igualdade de direitos dos homens e das mulheres e se declararam resolvidos a favorecer o progresso social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla” e o artigo 1º: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.”

Mesmo entre portas, a igualdade de género é considerada uma ideia importada. Sinal de uma globalização fomentada pela velocidade da informação e das telecomunicações, que traz para dentro do país ideias estrangeiras, a postular uma multiculturalidade imposta.

Sustentámos que a multiculturalidade jamais poderá implicar a aceitação de éticas que contendam com o Estado de Direito e com a dignidade da pessoa humana que lhe subjaz. Muitas políticas multiculturalistas, como oportunamente ilustrámos, acabam por ser aplicadas às minorias de uma sociedade, independentemente da sua origem nacional ou estrangeira. E o mesmo se diga, para toda e qualquer forma de discriminação que, por norma, constitui o principal obstáculo da integração ou da inclusão.

Justifica-se, assim, ainda que de forma elíptica, aludir ao Princípio da Igualdade material na vertente da igualdade de género, uma das inacabadas conquistas do feminismo.

5.4. Princípio da Igualdade Material e Igualdade de Género

A igualdade, princípio do Estado de Direito, está inscrita como direito fundamental no artigo 13º da Constituição da República Portuguesa. Recorde-se que o artigo 1º da Lei fundamental consagra a dignidade da pessoa humana, tal como o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos²⁹ proclama que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade. Materialmente entendido, o princípio exprime uma *dimensão igualizadora*: tratar igualmente o que é igual e uma *dimensão diferenciadora*; tratar diferentemente o que é desigual.³⁰ A desigualdade é condição essencial da igualdade enquanto expressão da justiça.

Para além de uma imposição geral da igualdade (artigo 13º, n.º1, da C.R.P.: “Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”), a primeira parte do n.º 2 da norma em apreço proíbe o tratamento arbitrário e

²⁹ E o artigo 2º da Declaração estabelece que a universalidade dos direitos nela consagrados o são, “sem distinção de raça, cor, sexo, língua, religião, ideologia política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição económica, nascimento ou qualquer outra condição.”

Para além do mencionado instrumento de Direito Internacional, refiram-se ainda outros que visam a eliminação de violências contra as mulheres e a paridade de género: a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW – 1979, sob a égide da ONU), a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres, a Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Irradicar a Violência contra as Mulheres, Mais recentemente, a Convenção de Istambul.

³⁰ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *in Direitos...*, ob. cit, p. 147.

discriminatório, negativo e positivo: “Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever...”(uma primeira redundância ?) e acrescentam-se critérios que, em princípio, são candidatos negativos e, como tal, ilegítimos, para o tratamento diferenciado (positivo ou negativo) – o sexo (o género); a raça, a língua, o território de origem, a religião, as convicções políticas, as convicções ideológicas, a instrução, a situação económica, a condição social e a orientação social (redundância de segundo grau?).

Só um contexto de igualdade promove a possibilidade de todos, independentemente das suas condições de origem, ascenderem às mesmas oportunidades de promoção e de desenvolvimento intelectual, social e económico. É este contexto de igualdade, entre homens e mulheres, que o feminismo pretende ver concretizado.

A igualdade absoluta é uma utopia. Nem formal, nem materialmente é atingível. As pessoas não nascem iguais: as suas características e aptidões físicas são condicionadas, desde logo, por heranças genéticas e pelo sexo. As aptidões intelectuais são naturalmente diferenciadas. Pretender dizer (e tratar como igual) que o belo é igual ao feio, que o inteligente é igual ao néscio, que o forte é igual ao fraco ...é ignorar a natureza e a realidade com que a sociedade cunha as diferenças. O nascimento é, por si só, um acto de desigualdade: social, geográfico, político, económico e financeiro, de afectos, de condicionantes hereditárias... E os feministas não negam esta evidente realidade. Escrutinam, contudo, a desigualdade.

O tratamento diferenciado, legalmente admissível porque inevitável expressão da justiça, deve revestir carácter excepcional e tanto quanto possível deve ser previamente tipificado de forma taxativa. Exigirá sempre um particular ónus de argumentação ou de fundamentação objectiva, demonstrável e controlável, em ordem a poder avaliar-se da bondade da desigualdade, vale por dizer, em ordem a permitir avaliar quando o tratamento não identitário na situação concreta implicaria uma injustiça. Por palavras tão só parcialmente outras: a argumentação diferenciadora deverá permitir avaliar quando a desigualdade atinge a dignidade do ser humano e os direitos que a qualquer pessoa enquanto ser social são devidos, independentemente do sexo e ou do género.

Só na desigualdade justificada se atingirá o adequado nível de igualdade a que todos os seres humanos podem aspirar, sem prejuízo da sua igual dignidade enquanto pessoas humanas.

O feminismo, palavra atribuída a Charles Fourier, independentemente da sua tipologia (de matriz liberal, marxista, negro, interseccional, radical, cristã) e

independentemente da fase, onda, ou vaga em que se encontra (sufragista, de conquista de direitos sociais, nomeadamente laborais, de abolição da construção social do género...), defende a igualdade jurídica, política e social entre homens e mulheres.

Essa igualdade que pode estar proclamada legislativamente em muitos países, está longe, na prática, de ser uma realidade: as mulheres não têm os mesmos direitos e oportunidades que os homens. Os direitos políticos, as liberdades civis, o direito à educação, os direitos reprodutivos, os direitos laborais, a equiparação salarial e repartição das tarefas domésticas, são ainda algumas das expressões práticas da desigualdade que grassa em maior ou menor escala por todo o mundo.

A consecução da igualdade de género exige, decisivamente, a implementação de políticas de educação para a cidadania.³¹

O feminismo só começou a ter expressão no mundo ocidental nas primeiras décadas do século XX, pondo em causa que o poder social, político e económico fosse monopolizado pelos homens. Como erradamente se pode pensar, não é um movimento ideológico, social, cultural ou filosófico de cunho sexista, isto é, que defende a figura do feminino sobre o masculino, mas antes, que procura a igualdade de género.

Não deve confundir-se o feminismo com o femismo. Este postula e visa ideologicamente alcançar a superioridade da mulher sobre o homem, a construção de uma sociedade hierarquizada com base no género que aspira a um regime matriarcal, violador, por conseguinte, do princípio da igualdade material tal como o configurámos.

A igualdade de género bem pode, pois, considerar-se uma expressão da concretização prática do princípio da igualdade material. Direito humano, expressão inegável da dignidade da pessoa humana, para lá de qualquer multiculturalismo, ou melhor, aproveitando-se o que de melhor possam ter as políticas de inclusão multicultural.

³¹ Referindo-se à violência nas relações de conjugalidade, Carlos Alberto Poiães propõe como uma das vinte e quatro medidas de combate a esta realidade, também expressão de desigualdade de género, *a educação para a cidadania, enquanto disciplina dos currículos escolares*, que deve enfatizar a problemática, "...abordando-a em sucessivas etapas, ajustadas à idade dos alunos, mas sublinhando sempre os conceitos de igualdade entre géneros e pessoas, a liberdade e a solidariedade que deverão imbuir as relações de intimidade". Carlos Alberto Poiães e José António Echauri Tiejeras (coord.) e outros, *Violência nas relações de conjugalidade: uma questão (também) de educação, in Violência e Justiça no Século XXI Desafios para a Psicologia Forense*, Edições Ensaio.

Bibliografia

- Almeida Costa, Mário Júlio de, com a colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos, *História do Direito Português*, 5ª ed. Rev. E Act., Almedina, Abril de 2019;
- Bacelar Gouveia, Jorge, *Direitos Fundamentais, Teoria Geral – Dogmática da Constituição Portuguesa*, Almedina, Fevereiro de 2023;
- *Os Direitos Fundamentais Atípicos*, Lisboa, 1995
- Calvino, Italo, *As Cidades Invisíveis*, idea y creación editorial, s.l., Fevereiro de 2009;
- Canotilho, José Joaquim Gomes e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, 1991;
- DIAS, Rebeca Fernandes, *Segurança x Liberdade e sua “Concilização” na Modernidade e na Sociedade Contemporânea*, in Cad. Esc. Dir. Rel. Int. (UNIBRASIL) Vol. 2, n.º 25, JUL/DEZ 2016, pp. 90-112., consultado na internet em 19 de Abril de 2023;
- Eulália, Francisco d’, *Cadernos I- Eu também Sou Tudo Isto*, Âncora Editora, 1ª ed., Março, 2023;
- Faria Costa, José de, *Direito Penal*, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1ª ed., Outubro de 2017;
- *Direito Penal e Liberdade*, Âncora Editora, 1ª Ed., Janeiro 2020;
- *Filosofia do Direito, Livro I, Bases para uma concepção onto-antropológica do direito*, 1 e Moura, Bruno de Oliveira, Livro II, Âncora Editora, 2021;
- *Cartas a Sofia*, 2ª Ed., Âncora Editora, Setembro de 2022;
- *Apontamentos das Lições proferidas no Seminário Sociedade e Direito*, integrado no Curso de Doutoramento da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona – Centro de Estudos de Lisboa – ano lectivo 2022/2023;
- Ferreira da Cunha, Paulo, *Direitos Fundamentais – fundamentos e direitos sociais*, Lisboa, 2014;
- Miranda, Jorge, *A Constituição de 1976 – formação, estrutura, princípios fundamentais*, Lisboa, 1978;
- Montesquieu, *De l’esprit des lois*, Geneve, 1748;
- Otero Parga, Milagros, *Valores constitucionales – Introducción a la filosofía del derecho: axiología jurídica*, Universidad Autónoma del Estado de México, 2001;
- Pereira da Silva, Jorge, *Direitos Fundamentais – Teoria Geral*, Lisboa, 2018;
- Poiares, Carlos Alberto e José António Echauri Tiejeras (coord.) e outros, *Violência e Justiça no Século XXI Desafios para a Psicologia Forense*, Edições Ensaio;
- Queiroz, Cristina, *Direitos Fundamentais (teoria geral)*, Coimbra, 2002;

-
- Riemen, Rob, *Nobreza de Espírito Um Ideal Esquecido*, Editora Bizâncio, Abril de 2011;
- Rocha-Trindade, Maria Beatriz, *Portugal, uma sociedade multicultural*, in Janus On Line, Janus 2001 – consultado na Internet em 3 de Julho de 2023.
- ROSAS, João Cardoso, *EUROPA: DESAFIOS E POLÍTICAS Sociedade multicultural conceitos e modelos in Revista de RELAÇÕES INTERNACIONAIS JUNHO*, 2007 [pp. 047-056] – Consulta na Internet em 3 de Julho de 2023;
- Roth, Philip, *A Mancha Humana*, idea y creación editorial, s.l., Maio de 2008;

ismat



INSTITUTO SUPERIOR
MANUEL TEIXEIRA GOMES

