

CAPÍTULO I — NATUREZA E CONCEITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS

SUMÁRIO

1. NATUREZA E CONCEITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS
 - 1.1 Visão Geral
 - 1.2 Conceitos afins: direitos fundamentais e direitos humanos
 - 1.3 Características e Classificação dos Direitos Fundamentais e Direitos Humanos
 - 1.4 Funções dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos
2. O “DESENVOLVIMENTO” DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS
 - 2.1 Antecedentes históricos dos direitos fundamentais e dos direitos humanos
 - 2.2 O Futuro dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos
 - 2.3 O Contexto Nacional: Os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos em Timor-Leste
3. FONTES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DOS DIREITOS HUMANOS
 - 3.1 Ao Nível Nacional
 - 3.2 Ao Nível Internacional
4. RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNO E O DIREITO INTERNACIONAL
 - 4.1 Recepção do Direito Internacional Geral ou Comum
 - 4.2 Recepção do Direito Convencional
 - 4.3 Conflito entre o Direito Interno e o Direito Internacional

VISÃO GLOBAL

Este capítulo dedica-se a prover um panorama das normas de direitos fundamentais e de direitos humanos no seu âmbito nacional e internacional. Incluem-se breves descrições sobre o conceito e a natureza daqueles, assim como um resumo do seu antecedente histórico. Neste capítulo, a posição dos direitos humanos no ordenamento jurídico de Timor-Leste é também alvo de reflexão. Foram também incorporadas breves notas sobre a função dos direitos humanos na História do país.

PALAVRAS E EXPRESSÕES-CHAVE

Direitos fundamentais e direitos humanos
Dimensão Jusnaturalista
Gerações e categorias dos direitos fundamentais e dos direitos humanos
Fontes de direitos fundamentais e de direitos humanos
Receção do direito internacional

1. NATUREZA E CONCEITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS

1.1 Visão Geral

O que são os direitos fundamentais? E os direitos humanos? Quais as características determinantes para considerar uma garantia como um direito fundamental ou um direito humano, e diferenciá-la dos outros tipos de direitos, por exemplo, um direito comum no Direito civil?

Os direitos fundamentais e os direitos humanos são situações jurídicas de bastante complexidade, tanto ao nível conceitual como ao nível prático.

Pode dizer-se que os direitos humanos (e na sua raiz, os direitos fundamentais) são aqueles direitos e liberdades que as pessoas detêm pelo simples facto de serem dotadas de carácter humano, possuindo uma natureza essencial para garantir a existência do indivíduo. Para além disso, considera-se que tanto os direitos fundamentais como os direitos humanos estão intimamente ligados a uma visão de igualdade e de liberdade dos indivíduos. Esta conceitualização enraíza-se na tese jusnaturalista ⁽¹⁾. Jónatas Machado resume eficazmente este conceito, quando diz que:

“A primeira tese [dos direitos fundamentais], de inspiração preponderantemente lockeana e kantiana, corresponde ao pensamento de autores como Rawls, Dworkin, Richards, etc., que partindo de teses neo-contratualistas ou de um discurso filosófico político-moral, procuram identificar um conjunto de direitos fundamentais deduzidos a partir de princípios de justiça (*fairness*) ou de prerrogativas morais da personalidade, afirmando a sua inegociável prioridade na ordenação da comunidade política.” ⁽²⁾

Os direitos fundamentais e os direitos humanos são muitas vezes definidos pela sua finalidade: proteger poderes e esferas de liberdade das pessoas, aplicáveis primordialmente na relação pessoa — Estado (dimensão negativo-defensiva).

Os direitos fundamentais podem também ser definidos com o recurso a uma abordagem positivista que os define através da sua inclusão em um texto constitucional. Isto é, os direitos fundamentais são o resultado de um processo de *constitucionalização*. Gomes Canotilho refere este processo como “a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador originário” ⁽³⁾. Ainda, Jorge Miranda considera que os direitos fundamentais

⁽¹⁾ Para reflexões sobre a natureza filosófica dos direitos humanos, ver, Jeremy Waldron, *Theories of Rights* (New York: Oxford University Press, 1984). Vide, também, A. John Simmons, *The Lockean Theory of Rights* (Princeton University Press, 1994).

⁽²⁾ Cfr. Jónatas Machado, *Liberdade Religiosa Numa Comunidade Constitucional Inclusiva: Dos Direitos Da Verdade Aos Direitos Dos Cidadãos* ([Coimbra]: Coimbra Editora, 1996), 161-162.

⁽³⁾ J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional E Teoria Da Constituição*, 7.^a edição (Coimbra: Almedina, 2003), 378.

são entendidos como “os direitos ou as posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição”.⁽⁴⁾

Nem o conceito filosófico, nem o positivista fornecem uma compreensão exaustiva daquilo que são realmente os direitos fundamentais e os direitos humanos. O conceito filosófico é, de certa forma, abstrato, devido à sua natureza humana e ao princípio de justiça, e o positivista demasiado restritivo devido ao enfoque quase que puramente na codificação das normas. Desta forma, a conceptualização dos direitos fundamentais e dos direitos humanos é fortalecida com uma apreciação das suas principais características, classificações e funções. A exploração dos seus desenvolvimentos históricos representa, também, uma ferramenta de auxílio neste processo.

1.2 Conceitos afins: direitos fundamentais e direitos humanos

Em primeiro lugar, mostra-se elementar fazer uma reflexão sobre as expressões *direitos fundamentais* e *direitos humanos*. A Constituição de Timor-Leste utiliza estes termos de forma distinta, como evidenciado no seu preâmbulo quando identifica que o respeito e a garantia dos *direitos humanos* e dos *direitos fundamentais* representam um dos meios para o desenvolvimento do país e da sociedade.⁽⁵⁾

Analisando os textos constitucionais de vários países e a posição atual na doutrina, o principal ponto diferencial entre os direitos fundamentais e os direitos humanos é a sua fonte: os direitos fundamentais são encontrados nos textos constitucionais, enquanto os direitos humanos referem-se às garantias fundamentais integrantes do Direito internacional. Em termos gerais, os direitos humanos são os direitos da pessoa humana reconhecidos pelas normas de Direito internacional em vigor (que podem assumir a forma de normas convencionais, costumes ou princípios do Direito internacional).

Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, os *direitos humanos* “distinguem-se dos *direitos fundamentais* porque estes são os direitos constitucionalmente positivados e juridicamente garantidos no ordenamento jurídico [interno], enquanto os *direitos [humanos]* são os direitos de todas as pessoas

⁽⁴⁾ Jorge Miranda, *Direitos Fundamentais: Introdução Geral* (Lisboa, 1999), 11.

⁽⁵⁾ “Constituição da República Democrática de Timor-Leste, Maio de 2002”, Preâmbulo para. 14.

ou coletividades de pessoas independentemente da sua positivação jurídica nos ordenamentos político-estaduais”⁽⁶⁾. Desta forma, os direitos humanos trazem uma dimensão jusnaturalista-universalista, enquanto os direitos fundamentais possuem um caráter jurídico-institucionalmente garantido, com uma limitação espaço-temporal. De forma semelhante, José de Melo Alexandrino considera que os *direitos fundamentais* denotam a “expressão constitucional que designa as situações jurídicas fundamentais das pessoas reconhecidas (...) [n]a Constituição”⁽⁷⁾. Por outro lado, este mesmo autor considera os *direitos humanos* como aqueles que se referem às situações jurídicas resultantes da natureza ou da condição de ser humano e que o Direito internacional reconhece.⁽⁸⁾

Embora no século XXI a maioria dos padrões dos *direitos humanos* se encontrem positivados no direito convencional internacional, a positivação não é uma característica essencial destas garantias. O mesmo não se pode dizer sobre os *direitos fundamentais*, que devem essencialmente estar positivados na constituição, embora possamos reconhecer como fundamentais direitos que não se encontram consagrados expressamente no texto da Constituição.

Sem dúvida, tanto os *direitos fundamentais* como os *direitos humanos* partilham de verdadeiras semelhanças, possuindo na sua origem os mesmos valores éticos (de justiça e igualdade), apresentando características essenciais à natureza humana e tendo como finalidade comum a protecção da dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais são, portanto, aquelas garantias positivadas e previstas na constituição, com força normativa-constitucional. Para Timor-Leste, os direitos fundamentais são principalmente aqueles adscritos nos artigos 29.º a 61.º da Constituição, e os direitos humanos as normas contidas nos costumes internacionais, tratados ratificados por Timor-Leste e em outras fontes de Direito no âmbito do Direito Internacional Público.

A separação entre *direitos humanos* e *direitos fundamentais* no ordenamento jurídico de Timor-Leste pode, porém, padecer de falta de pragma-

⁽⁶⁾ J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição Da República Portuguesa Anotada*, 4.ª Edição, vol. I (Artigo 1.º a 107.º) (Coimbra: Coimbra Editora, 2007), 240.

⁽⁷⁾ José de Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais: Introdução Geral* (Principia, 2007), 30.

⁽⁸⁾ *Ibid.*, 34.

tismo. Apesar de a elaboração da Constituição de Timor-Leste ter sido influenciada pela Constituição portuguesa, uma parte significativa dos direitos fundamentais reconhecidos na Constituição de Timor-Leste espelha-se nos padrões de direitos humanos encontrados ao nível do Direito internacional. Desta forma, o uso das expressões *direitos humanos* e *direitos fundamentais* resulta de uma natureza particularmente linguística, denotando sobretudo a fonte específica de uma norma, quer ao nível constitucional, quer ao nível internacional.

É de pertinência apontar para o facto de que, em Timor-Leste, à semelhança da Constituição moçambicana de 2004, preferiu-se utilizar o termo *direitos humanos* e não *direitos do homem*, que, além de acompanhar melhor a tradução da expressão *human rights*, garante uma perspetiva neutra no género. No nosso entender, esta diferença relativamente à Constituição portuguesa evidencia a exposição que Timor-Leste teve ao sistema internacional de direitos humanos durante a sua História.

1.3 Características e Classificação dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos

Como já exposto, a compreensão do conceito dos direitos fundamentais e dos direitos humanos apoia-se em uma análise das suas características e classificações.

As *principais características* quer dos direitos fundamentais, quer dos direitos humanos são: fundamentabilidade, universalidade, inalienabilidade, indivisibilidade, interdependência e interrelação.

- a) *Fundamental*: estes direitos representam questões essenciais para o ser humano, no que respeita à sua existência e à sua autonomia. Eles contêm uma natureza de necessidade, não representando somente aspetos desejáveis. São direitos inerentes à própria noção de pessoa humana, como direitos básicos das pessoas.
- b) *Universal*: todas as pessoas podem ser titulares destes direitos. No âmbito internacional, esta característica significa que todas as pessoas, independentemente do local onde residam, da sua nacionalidade ou cultura possuem direitos humanos. A existência de categorias de direitos especificamente relevantes a certos grupos, por exemplo, mulheres, crianças e pessoas portadoras de deficiência, não ferem a característica de universalidade dos direitos humanos e dos direitos

fundamentais (trata-se das designadas *diferenciações positivas*, necessárias ao respeito pelo princípio da igualdade, como será visto *infra*⁽⁹⁾).

- c) *Inalienável*: o caráter de inalienabilidade é um dos mais proeminentes dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. Esta característica refere-se à permanência e à indisponibilidade destas garantias, significando que estas garantias não podem ser retiradas, exceto em certas circunstâncias e de acordo com os procedimentos aplicáveis, e o seu titular não pode dispor, abdicar delas. Estes direitos extinguem-se somente com a morte do titular.
- d) *Interdependentes e Interrelacionados*: esta característica relaciona-se principalmente com a implementação destas garantias, provendo que o gozo de um direito tem impacto no gozo de outro direito. Estas relações encontram aplicação tanto nos direitos económicos, sociais, e culturais como nos direitos civis e políticos.

Estas características não representam somente a posição da doutrina internacional e nacional, mas refletem o conceito de direitos humanos previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)⁽¹⁰⁾ e reiterado na Declaração e Programa de Ação de Viena. Esta última solidifica claramente estas características quando prevê que “todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados”.⁽¹¹⁾

As *classificações* dos direitos fundamentais e dos direitos humanos representam um instrumento importante para identificar os seus beneficiários, as fontes, assim como algumas questões específicas relativas à sua implementação, incluindo a sua força jurídica.

Segundo a *Teoria Geracional* dos direitos humanos, tradicionalmente, estes podem ser classificados em três gerações de direitos, refletindo o desenvolvimento dos diferentes padrões dentro do direito convencional⁽¹²⁾.

⁽⁹⁾ Vide Capítulo V, 3.1.3 Diferenciação Positiva e Ação Afirmativa.

⁽¹⁰⁾ Adotada pela Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas 217 A (III), 10 de Dezembro de 1948.

⁽¹¹⁾ *Declaração E Programa de Ação de Viena, A/CONF.157/23*, 1993. Resultado da II Conferência Mundial de Direitos Humanos de 1993, a Declaração de Viena é um dos documentos mais abrangentes adotados consensualmente pela comunidade internacional sobre o tema dos direitos humanos.

⁽¹²⁾ Esta classificação surgiu inicialmente como uma tentativa de conceptualização do processo de positivação dos direitos civis e políticos e dos direitos econó-

Revela-se útil debater esta classificação aqui, visto que ela ajuda a compreender o sentido das garantias, assim como o seu desenvolvimento dentro deste sistema.

A *primeira geração* corresponde aos direitos civis e políticos inseridos nas visões tradicionais das liberdades civis e políticas proeminentes nas democracias liberais Ocidentais, com base no princípio de não-ingerência do Estado na vida pessoal do indivíduo (momento liberal). Por muitos anos, a posição predominante era que somente estes direitos eram verdadeiros direitos humanos. Exemplos de garantias que fazem parte dessa geração são o direito à vida, o direito à liberdade e o direito à privacidade. Os direitos fundamentais surgem como direitos de defesa e, também, como direitos de participação política (momento liberal e momento democrático, respetivamente).

A *segunda geração* dos direitos humanos aporta principalmente os direitos no âmbito económico, social e cultural, que exigem, para a sua realização, comportamentos positivos do Estado, sendo muitas vezes referenciados como os direitos a prestações. Estes direitos relacionam-se com o padrão de vida das pessoas e com as suas necessidades básicas, exemplificadas pelos direitos à educação, à saúde, a um padrão de vida adequado e à segurança social.

Os chamados direitos coletivos representam o núcleo da *terceira geração* dos direitos humanos, incluindo o direito ao desenvolvimento, a um meio ambiente saudável e à paz. Estes são também chamados de *direitos da solidariedade* ou *direitos difusos*, os seus titulares são grupos e comunidades e fundam-se num ideal de construir um futuro melhor dentro de um espírito de solidariedade internacional⁽¹³⁾. Porém, estes não são, na sua maioria, reconhe-

micos, sociais e culturais em tratados internacionais distintos. Sabe-se, porém, que a razão desta separação se relaciona com a polarização ideológica da política mundial no período da Guerra Fria, contrapondo-se uma visão do Estado liberal a um Estado de cunho intervencionista. Para discussões sobre esta questão, ver, Jayme Benvenuto Lima Junior, 'O Caráter Expansivo dos Direitos Humanos na Afirmação da sua Indivisibilidade e Exigibilidade', in *Direitos Humanos, Globalização Económica e Integração Regional: Desafios do Direito Constitucional Internacional*, ed. Flávia Piovesan (Max Limonad, 2002); Mashood A. Baderin and Robert McCorquodale, 'The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Forty Years of Development', in *Economic, Social and Cultural Rights in Action*, ed. Mashood A. Baderin and Robert McCorquodale (Oxford University Press, 2007).

⁽¹³⁾ Para uma reflexão mais aprofundada sobre este assunto, *vide*, Philip Alston, 'A Third Generation of Solidarity Rights: Progressive Development or Obfuscation of

cidos no direito convencional internacional, à exceção da Carta Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos, que prevê, por exemplo, o direito de um povo à existência e à paz e segurança⁽¹⁴⁾. Como consequência da limitada positividade, esta geração de direitos ainda não conta com uma aceitação expansiva ao nível internacional.

Há ainda correntes doutrinárias que consideram a existência de uma quarta geração de direitos humanos relacionada com os aspetos da manipulação genética, biotecnologia e bioengenharia.⁽¹⁵⁾

Note-se, no entanto, que a categorização em gerações não pode ser entendida de forma rígida. Tal deve-se aos desenvolvimentos no sistema internacional de direitos humanos, principalmente aqueles que resultaram do reconhecimento da força jurídica dos direitos económicos, sociais e culturais e da existência de deveres de natureza positiva dos Estados em relação aos direitos civis e políticos, o que conduziu à aproximação das duas primeiras gerações.⁽¹⁶⁾

A Constituição de Timor-Leste incorpora como direitos fundamentais as três gerações de direitos humanos. Especificamente em relação aos direitos da terceira geração, a CRDTL adscribe no seu artigo 61.º-1 o direito a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, com uma especial perspectiva de salvaguarda do meio ambiente para as futuras gerações. Outros direitos humanos de terceira geração não são previstos como normas de direitos fundamentais, mas como princípios fundamentais nas relações internacionais no âmbito do artigo 8.º da Lei Fundamental. Estes incluem aspetos do direito ao desenvolvimento, direito à paz e ao desarmamento mundial⁽¹⁷⁾.

International Human Rights Law?', *Netherlands International Law Review* 29, no. 03 (1982): 307-322.; Karel Vasak, 'Revisiter La Troisième Génération Des Droits de l'Homme Avant Leur Codification', *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber: Persona Humana Y Derecho Internacional II* (1997): 1649.

⁽¹⁴⁾ *Carta Africana Dos Direitos Humanos E Dos Povos*, O.U.A. Doc. CAB/LEG/67/3/Rev.5, 1981., art. 19.º a 24.º.

⁽¹⁵⁾ Cfr. Norberto Bobbio, *A Era dos Direitos* (Campus, 1992), 9.

⁽¹⁶⁾ V. por exemplo, Antônio Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional Dos Direitos Humanos*, vol. I (Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997), 390. Para uma perspectiva mais prática sobre esta matéria, ver, Vital Moreira e Carla de Marcelino Gomes, eds., *Compreender Os Direitos Humanos: Manual de Educação Para Os Direitos Humanos*, 2013, 51-58; Luis María Díez-Picazo, *Sistema de Derechos Fundamentales* (Madrid: Thomson-Civitas, 2013).

⁽¹⁷⁾ Artigo 8.º-1 e 2.

No que respeita à *classificação dos direitos fundamentais*, uma análise da doutrina portuguesa revela o uso de diferentes categorias⁽¹⁸⁾. Estas, na quase sua totalidade, possuem valia no sistema dos direitos fundamentais de Timor-Leste. Contudo, apresentamo-las com algumas variações como consequência da existência de aspetos singulares na Constituição timorense em relação à sua homóloga portuguesa.

As principais categorias ou classificações são:

- a) *Direitos fundamentais individuais e institucionais*: os direitos fundamentais na Constituição reportam sempre aos indivíduos, porém, alguns direitos só podem ser garantidos num âmbito institucional, dentro de uma perspetiva de coletividade, como em associações, grupos e instituições *stricto sensu*. Estes direitos ainda são garantias individuais, mas a sua realização é condicionada à atribuição de direitos a determinadas instituições. Como explicado por Gomes Canotilho, “o *duplo carácter* atribuído aos direitos fundamentais — individual e institucional — faz com que hoje, por exemplo, o direito de constituir família se deva considerar indissociável da proteção da instituição família”⁽¹⁹⁾. Outros exemplos incluem a proteção à família (artigo 39.º), a liberdade de imprensa (artigo 41.º), o direito a constituir partidos políticos (artigo 46.º-2), a liberdade sindical (artigo 52.º), entre outros.

⁽¹⁸⁾ Gomes Canotilho faz uma categorização geral focada especificamente na atuação estatal, desta forma diferenciando entre direitos de defesa e direitos a prestações. Utiliza, ainda, a diferenciação entre direitos fundamentais formalmente constitucionais e direitos fundamentais sem assento constitucional e direitos formal e materialmente constitucionais. Por sua vez, Jorge Miranda identifica quatro diferentes categorias de direitos fundamentais: individuais e institucionais, comum e particular, liberdades e garantias e direitos, liberdades e garantias e direitos sociais. José Alexandrino identifica algumas das mesmas categorias utilizadas por Jorge Miranda. Ainda, Alexandrino categoriza as garantias de acordo com a sua fonte (dentro ou fora da Constituição) e a sua força jurídica (direitos, liberdades e garantias e direitos sociais). Cfr. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional E Teoria Da Constituição*; Miranda, *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*; de Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*, 2007.

⁽¹⁹⁾ Gomes Canotilho, *Direito Constitucional E Teoria Da Constituição*, 397.

- b) *Direitos fundamentais universais, comuns e particulares*: ao passo que os direitos fundamentais universais são uma titularidade de todos aqueles sob a jurisdição de Timor-Leste, os direitos comuns são especificamente acordados aos cidadãos nacionais, e os direitos particulares representam atribuições a membros de determinados grupos, como consequência da categoria social que integram ou das situações duradouras em que se encontram. Exemplos de direitos comuns previstos na Constituição seriam o direito à participação política e ao voto e o direito a emigrar do país (respetivamente, artigo 46.º-1, artigo 47.º-1 e artigo 44.º-2) e de direitos particulares, os direitos das crianças (artigo 18.º), da terceira idade (artigo 20.º), das mulheres (artigo 39.º-4) e dos trabalhadores (artigo 51.º e 52.º).
- c) *Direitos fundamentais e garantias fundamentais*: os direitos representam em si próprios os bens protegidos, enquanto as garantias são os instrumentos para assegurar a fruição destes bens. As garantias são acessórias aos direitos, possuindo uma relação através do nexo que possuem com estes. Como explicado por Jorge Miranda “os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se”⁽²⁰⁾. Por exemplo, ao direito à vida (artigo 29.º-1) correspondem as garantias da proibição da pena de morte (artigo 29.º-2) e a garantia de não-extradução aos países que impõem a pena de morte (artigo 35.º-3); ao direito ao trabalho (artigo 50.º-1) enumera-se a proibição de *lock-out* como uma de suas garantias (artigo 51.º-3).
- d) *Direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais*: os direitos económicos, sociais e culturais — artigos 50.º a 61.º — possuem um objetivo específico: atingir a igualdade, partindo da existência de desigualdades e situações de necessidade. De um modo diferente, os direitos, liberdades e garantias — artigos 29.º a 49.º — recaem sobre uma situação de igualdade entre os indivíduos. Como exposto por Jorge Miranda, os direitos, liberdades e garantias são “direitos de libertação do poder e (...) direitos à protecção do poder”, enquanto os económicos, sociais e culturais são “direitos de libertação da necessidade e, ao mesmo tempo, direitos de promoção”⁽²¹⁾. Gomes Canotilho utiliza uma expressão semelhante quando intitula estas

⁽²⁰⁾ Miranda, *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*, 56.

⁽²¹⁾ Cfr. *Ibid.*, 62.

duas categorias de, respetivamente, “direito de defesa” e “direito às prestações”.

- e) *Direitos formalmente constitucionais e direitos só materialmente fundamentais*: os direitos formalmente constitucionais são aqueles que se encontram expressamente consagrados nas normas constitucionais (normas que possuem a forma constitucional), e os direitos só materialmente fundamentais são aqueles que não se encontram previstos nos preceitos constitucionais. Por força do artigo 23.º que consagra o princípio da cláusula aberta, a Constituição de Timor-Leste considera como direitos fundamentais aqueles constantes da lei, incorporando, desta forma, os direitos só materialmente fundamentais⁽²²⁾. Os direitos só materialmente fundamentais podem estar positivados, por exemplo, no direito internacional recebido na ordem jurídica interna ou em legislações nacionais.

1.4 Funções dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos

Na tarefa de conceptualização dos direitos fundamentais e dos direitos humanos pode utilizar-se uma análise funcional destas normas.

Neste âmbito, Gomes Canotilho vem à nossa assistência identificando quatro funções primordiais dos direitos fundamentais (que representam também funções dos direitos humanos): (I) função de não-discriminação; (II) função de defesa ou liberdade; (III) função de prestação social; e (IV) função de proteção perante terceiros⁽²³⁾. A funcionalidade dos direitos fundamentais, como veremos, encontra-se diretamente relacionada com as categorias e classificações dos mesmos.

A *função de não-discriminação* enraíza-se na visão de igualdade que se encontra no seio do conceito dos direitos fundamentais. Esta função primária e básica visa assegurar que o Estado trate todos sob sua jurisdição como indivíduos fundamentalmente iguais. A função de não-discriminação aplica-se aos

⁽²²⁾ Este artigo introduz um conceito importante no sistema dos direitos fundamentais no que respeita à abertura do sistema. Para uma maior reflexão sobre este assunto, *vide*, Capítulo III, 3.2 Outros Direitos Fundamentais.

⁽²³⁾ Gomes Canotilho, *Direito Constitucional E Teoria Da Constituição*, 407-410. Note-se que Gomes Canotilho apresenta as quatro funções segundo uma ordem diferente, listando a função de não-discriminação em último lugar. Uma vez que a origem dos direitos fundamentais está relacionada com uma visão de igualdade, as autoras preferiram apresentar, em primeiro plano, esta função dos direitos fundamentais.

direitos fundamentais e aos direitos humanos de todas as categorias, nomeadamente, os civis e políticos, bem como os sociais, económicos e culturais. ⁽²⁴⁾

A *função de defesa* está proximamente relacionada com a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes estatais. Esta função é bem acentuada nos direitos, liberdades e garantias pessoais (normalmente categorizados como direitos civis e políticos no âmbito internacional). A função de defesa dos direitos fundamentais é tanto de carácter negativo como positivo, refletindo, respetivamente, planos jurídicos objetivos e subjetivos. Na perspetiva negativa da função de defesa, os direitos fundamentais constituem normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo a sua ingerência na esfera jurídica individual protegida pelos direitos fundamentais. Esta perspetiva negativa encontra-se lado a lado com uma positiva, em que o indivíduo, enquanto titular de direitos fundamentais, detem o poder de exercer positivamente os seus direitos e de exigir a não-interferência dos poderes públicos de forma a evitar agressões lesivas àqueles direitos ⁽²⁵⁾. A proibição de censura ao exercício da liberdade de expressão, por exemplo, contida no artigo 40.º-1 da CRDTL, captura claramente a função de defesa dos direitos fundamentais, em que o Estado não deve censurar uma publicação e, caso o faça, o autor possui o poder de exigir um término a tal censura.

Os direitos fundamentais também possuem uma *função de prestação social* e esta pode ser resumida como a capacidade dos indivíduos, por virtude da titularidade dos direitos fundamentais, de obter algo através do Estado, como por exemplo, saúde, educação e segurança social. Esta função é normalmente servida pelos direitos económicos, sociais e culturais. Apesar de ainda existir algum debate sobre o alcance da efetividade destes direitos ⁽²⁶⁾, a função de prestação social prevê uma dimensão objetiva juridicamente vinculativa, obrigando os poderes públicos ao desenvolvimento e execução de políticas sociais ativas propensas à criação de instituições (por exemplo, hospitais e escolas), serviços (por exemplo, serviços de segurança social) e ao fornecimento de prestações (por exemplo, salário mínimo, subsídio de desemprego, bolsas de estudo, habitações económicas). ⁽²⁷⁾

⁽²⁴⁾ Ibid., 409-410.

⁽²⁵⁾ Ibid., 407-408.

⁽²⁶⁾ Vide Capítulo III, 4. Efetividade dos Direitos Fundamentais.

⁽²⁷⁾ Cfr. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional E Teoria Da Constituição*, 408-409.

A quarta função — de *proteção perante terceiros* — incorpora o significado de que os direitos fundamentais também possuem uma função capaz de ultrapassar a relação indivíduo-Estado. Canotilho explica que “da garantia constitucional de um direito, resulta o dever do Estado de adotar medidas positivas destinadas a proteger o seu exercício diante de atividades perturbadoras ou lesivas dos direitos praticados por terceiros”⁽²⁸⁾. Esta função condiciona o Estado à criação de normas reguladoras de relações jurídico-civis capazes de garantir a observância dos direitos fundamentais na relação entre indivíduos (esta questão é também denominada de *aplicação horizontal* dos direitos fundamentais). Por exemplo, é a função de proteção perante terceiros que determina o dever do Estado de regulamentar o casamento de uma forma a assegurar a igualdade entre os cônjuges, de estabelecer um sistema de segurança pública para salvaguardar o direito à vida e à integridade física, entre outros.

2. O “DESENVOLVIMENTO” DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DOS DIREITOS HUMANOS

2.1 Antecedentes históricos dos direitos fundamentais e dos direitos humanos

A história do desenvolvimento dos direitos fundamentais e dos direitos humanos é complexa e complementar. Nesta pesquisa, deparamo-nos com um grande volume de informação⁽²⁹⁾. Apresenta-se, de seguida, uma breve síntese das principais etapas deste desenvolvimento histórico. O resumo oferecido por Jorge Miranda molda-se bem aos nossos objetivos. Quatro fases são reconhecidas no desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais, com uma quinta

⁽²⁸⁾ Ibid., 409.

⁽²⁹⁾ José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais Na Constituição Portuguesa de 1976*, 4. ed. (Coimbra: Almedina, 2009), 51-72; Gomes Canotilho, *Direito Constitucional E Teoria Da Constituição*, 380-388; de Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*, 2007, 9-18; Fábio Konder Comparato, *A Afirmação Histórica Dos Direitos Humanos*, 4. ed. (São Paulo: Saraiva, 2005). Ver, também, Andrew Clapham, *Human Rights A Very Short Introduction* (Oxford-New York: Oxford University Press, 2007), 23-56.

fase que evidencia especificamente os direitos humanos ao nível internacional ⁽³⁰⁾.

Liberdade dos Antigos	Liberdade dos Modernos		
1. ^a Fase	Direitos estamentais	Direitos universais	
	2. ^a Fase	Direitos liberdades e garantias	Direitos liberdades e garantias e direitos sociais
		3. ^a Fase	4. ^a Fase
		Proteção interna	
			Proteção internacional
			5. ^a Fase

Observa-se que, para nos debruçarmos sobre a História dos direitos fundamentais, é necessário considerá-la dentro de uma realidade em que o indivíduo, a autoridade e as liberdades se distinguem ⁽³¹⁾.

A *primeira fase* relaciona-se com a forma de encarar a liberdade durante a Antiguidade. Nesta época, as liberdades representavam, antes de mais nada, a participação pública na vida da Cidade. Da segunda à quinta fase, é perceptível a marca do Cristianismo e da sua visão do indivíduo, dentro do período denominado Liberdade dos Modernos, que se prolonga desde o final da Antiguidade até aos dias atuais. Para os modernos, as liberdades representavam instrumentos para a realização da vida pessoal. Na *segunda fase*, caracterizada pelos direitos estamentais, nos séculos XV e XVI, são previstos os direitos relacionados com os grupos, as corporações, as ordens e categorias, representando um dos primeiros sinais do Estado moderno. A *terceira fase*, berço da filosofia jusnaturalista de John Locke (século XVIII), comporta uma

⁽³⁰⁾ Miranda, *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*, 18-19.

⁽³¹⁾ *Ibid.*, 17-18.

conceção de direitos universais que emanavam da natureza humana e eram oponíveis contra os governantes. É neste tempo que, como resultado de vários movimentos sociais no período pré industrial, surgem os principais documentos jurídicos dos direitos fundamentais: o *Bill of Rights* nos Estados Unidos (1776) e a Declaração do Homem e do Cidadão na França (1789). As teses religiosas que pregam a unidade da humanidade e a igualdade de todos perante a divindade fazem parte desta fase. Neste momento, foi dado início ao estabelecimento de mecanismos de proteção no âmbito interno, na maioria das vezes, através de normas constitucionais. Estes mecanismos de proteção foram, eventualmente, fortalecidos na *quarta fase* com o estabelecimento de tribunais com jurisdição constitucional e procedimentos como o *habeas corpus* e a tutela direta (por exemplo, a figura do *amparo*). A *quarta fase* é caracterizada ainda pela contraposição entre os direitos, liberdades e garantias e os direitos sociais. Esta divisão foi o resultado das profundas clivagens políticas, ideológicas e sociais do século XIX e XX. A última distinção neste desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais reporta-se à *quinta fase* relacionada com o processo de internacionalização dos direitos fundamentais encontrados no nível nacional. Foi somente no século XX, a partir do final da primeira guerra mundial, que o sistema de direitos fundamentais passou a ter uma natureza internacional. Foi nesta fase que os diferentes Estados firmaram compromissos perante a comunidade internacional para assegurar os direitos humanos àqueles sob sua jurisdição. As instâncias internacionais de natureza jurisdicional ou *quasi* jurisdicional para a proteção dos direitos humanos, que são atualmente de fundamental importância para a concretização das normas de direitos humanos, figuram como inovações deste período⁽³²⁾.

A História do desenvolvimento dos direitos fundamentais possui um foco Ocidental. Esta realidade é frequentemente relatada como um desafio à universalidade dos direitos humanos. No entanto, análises demonstram que religiões e tradições não ocidentais, como o Corão muçulmano, o confucionismo Chinês, assim como tradições Africanas, similarmente incluem aspectos relacionados com os direitos fundamentais, como a dignidade da

⁽³²⁾ Ver, Ana Maria Guerra Martins, *Direito Internacional Dos Direitos Humanos* (Almedina Editora, 2006); Philip Alston and James Crawford, eds., *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring* (Cambridge University Press, 2000), 201-332.

pessoa humana e os direitos da coletividade⁽³³⁾. É verdade que esta visão dos direitos fundamentais distancia-se, de certa forma, do individualismo dos preceitos fundamentais encontrados na História do Ocidente, ao concentrar-se, muitas vezes, num valor comunitário acima do indivíduo. Em virtude destas diferenças de perspectivas, entra-se, por vezes, ao nível internacional, em um debate que questiona a universalidade dos direitos humanos face à existência de um relativismo cultural. Este debate é constantemente refutado por profissionais e académicos originários de diversos países e culturas⁽³⁴⁾. Para Timor-Leste, a inclusão de direitos civis e políticos, assim como de direitos económicos, sociais e culturais, e o condicionamento do reconhecimento das normas e usos costumeiros à sua conformidade com a Constituição demonstram a aceitação da universalidade dos direitos fundamentais⁽³⁵⁾. A este facto adiciona-se a ratificação por Timor-Leste de vários tratados internacionais, incluindo ambos os pactos internacionais de direitos humanos e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres.

Ao nível internacional, a Segunda Guerra Mundial foi o decisivo facto histórico impulsionador da criação do sistema do Direito internacional dos direitos humanos. O respeito pelos direitos humanos e a garantia da igualdade entre as pessoas representam alguns dos objetivos primordiais identificados na Carta das Nações Unidas de 1945⁽³⁶⁾. Na sequência da adoção da Decla-

⁽³³⁾ Para uma discussão mais aprofundada sobre esta questão, ver William Theodore De Bary, *Asian Values and Human Rights: A Confucian Communitarian Perspective* (Harvard University Press, 1998); Fatsah Ouguergouz, *The African Charter on Human and Peoples' Rights* (Martinus Nijhoff Publishers, 1997); Ann Elizabeth Mayer, *Islam and Human Rights: Tradition and Politics* (Westview Press, 1999).

⁽³⁴⁾ Ver, por exemplo, Amartya Sen, *Human Rights and Asian Values* (New York: Carnegie Council on Ethics and International Affairs, 1997); Wolfgang Kersting, *Universalismo e Direitos Humanos* (EDIPUCRS, 2003); Jack Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice* (Cornell University Press, 2003); Marco Antônio Guimarães, 'Fundamentação dos Direitos Humanos: Relativismo ou Universalismo?', in *Direitos Humanos*, ed. Flávia Piovesan, vol. 1 (Juruá Editora, 2006), 55-67.

⁽³⁵⁾ Artigo 2.º-4 prevê "[o] Estado reconhece e valoriza as normas e os usos costumeiros de Timor-Leste que não contrariem a Constituição e a legislação que trate especialmente do direito costumeiro".

⁽³⁶⁾ O Artigo 1.º da Carta das Nações Unidas estabelece os seus objetivos. De acordo com o Artigo 1.º-3 um dos objetivos desta organização é "realizar a cooperação

ração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas em 1948, a Comissão de Direitos Humanos iniciou a preparação de um texto que viesse a tornar-se um tratado internacional com força jurídica contendo normas de direitos humanos e algumas medidas para a sua implementação. Devido às divergências políticas sobre a inclusão das diferentes categorias de direitos humanos em um único documento vinculativo, foram elaborados dois tratados, um sobre os direitos civis e políticos e outro sobre os direitos económicos, sociais e culturais. Em 16 de Dezembro de 1966, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, tendo ambos entrado em vigor na ordem jurídica internacional em 1976.⁽³⁷⁾

Realça-se que, mesmo antes da adoção dos instrumentos de direitos humanos das Nações Unidas, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) já havia aprovado vários Tratados incidindo sobre garantias específicas dos direitos dos trabalhadores⁽³⁸⁾. À semelhança, o direito internacional humanitário foi positivado antes dos primeiros documentos vinculativos universais dos direitos humanos⁽³⁹⁾. Com esta realidade, pode dizer-se que o direito interna-

internacional, resolvendo os problemas internacionais de carácter económico, social, cultural ou humanitário, promovendo e estimulando o respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”.

⁽³⁷⁾ O Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais entrou em vigor no dia 3 de Janeiro de 1976, três meses após a 35.^a ratificação, como estipulado no seu artigo 27.º. O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos entrou em vigor em 23 de Março de 1976, três meses após a 35.^a ratificação, como estipulado no seu artigo 49.º.

⁽³⁸⁾ Por exemplo, a Convenção sobre os Direitos de Associação e de Coligação dos Trabalhadores Agrícolas de 1921, Convenção sobre a Liberdade Sindical e a Protecção do Direito Sindical de 1948 e Convenção sobre a Igualdade de Remuneração de 1951.

⁽³⁹⁾ Em 1949, foram adotadas quatro Convenções de Genebra sobre o direito internacional humanitário. Estas incluem várias garantias em estreita relação com os direitos humanos, como por exemplo, o direito à vida, a proibição da tortura e o direito ao processo equitativo. Sobre a relação entre o direito internacional humanitário e os direitos humanos, ver Roberta Arnold, *International Humanitarian Law and Human Rights Law: Towards a New Merger in International Law* (BRILL, 2008).

cional humanitário, assim como o direito internacional do trabalho, foram precursores no processo de internacionalização dos direitos humanos.

Encontramo-nos, nos dias de hoje, perante um vasto leque de convenções internacionais na área dos direitos humanos. Após a adoção de tratados que regulam direitos de todas as pessoas (*direitos universais*), evidenciou-se uma nova tendência para a adoção de tratados prevendo *direitos particulares* de certos grupos. Estes tratados dirigem-se a grupos que a História mostrou serem vítimas de sérias violações de direitos humanos e, por consequência, necessitam de uma especial proteção. Nesta categoria, incluem-se os tratados sobre os direitos das crianças, das mulheres, dos trabalhadores migrantes e das pessoas portadoras de deficiência. O quadro abaixo lista os principais tratados de direitos humanos das Nações Unidas, bem como as datas da sua adoção e entrada em vigor⁽⁴⁰⁾.

		Adoção	Entrada em Vigor
CEDR	Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial	21 Dez 1965	4 Jan 1969
PIDCP	Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos	16 Dez 1966	23 Mar 1976
	PIDCP PF1 — Protocolo Facultativo referente ao Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos	16 Dez 1966	23 Mar 1976
	PIDCP PA2 — Segundo Protocolo Adicional ao Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos com vista à Abolição da Pena de Morte	15 Dez 1989	5 Dez 1991
PIDESC	Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais	16 Dez 1966	3 Jan 1976
	PIDESC PF — Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais	10 Dez 2008	5 Maio 2013

⁽⁴⁰⁾ Os tratados internacionais não entram em vigor imediatamente após a sua aprovação pela resolução da Assembleia Geral, mas sim quando o número mínimo de Estados previsto no texto do tratado submete os instrumentos de adesão ou de ratificação. *Vide*, Capítulo I, 3.2.1 Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

		Adoção	Entrada em Vigor
CEDAW	Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres	18 Dez 1979	3 Nov 1981
	CEDAW PO — Protocolo Opcional à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres	10 Out 1999	22 Dez 2000
CCT	Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes	10 Dez 1984	26 Jun 1987
	CCT PF — Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes	18 Dez 2002	22 Jun 2006
CDC	Convenção sobre os Direitos da Criança	20 Nov 1989	2 Set 1990
	CDC PFCA — Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à Participação de Crianças em Conflitos Armados	25 Maio 2000	12 Fev 2002
	CDC PFVC — Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil	25 Maio 2000	18 Jan 2002
	Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da criança relativo à Instituição de um Procedimento de comunicação	19 Dez 2011	14 Abril 2014
CIDTM	Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias	18 Dez 1990	1 Jul 2003
CDPD	Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência	13 Dez 2006	3 Maio 2008
	CDPD PF — Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência	13 Dez 2006	3 Maio 2008
CPDF	Convenção Internacional para a Proteção de todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado	20 Dez 2006	23 Dez 2010

2.2 O Futuro dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos

Pode dizer-se que, em um ou dois séculos, muito foi alcançado no que respeita às garantias dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. Apesar deste avanço, ainda ocorrem, em todos os cantos do mundo, violações de direitos humanos, que, em certas situações são violações de colossal gravidade. É, porém, inegável afirmar que os padrões hoje reconhecidos proporcionam uma rede de segurança importante para o gozo dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. A existência de uma série de direitos fundamentais nas constituições dos Estados representa a regra e não a exceção.

Mas como será o futuro dos direitos fundamentais e dos direitos humanos? Apesar de haver ainda um número substancial de violações destas garantias em todo o mundo, é de assinalar o fortalecimento de mecanismos de implementação nos níveis nacionais, regionais e internacional. Os movimentos populares pró-democracia em países árabes no início de 2011 (a chamada *Primavera Árabe*), os julgamentos de líderes de ditaduras militares na América Latina e do regime do Khmer vermelho no Camboja e as acusações contra um presidente em exercício, pelo Tribunal Penal Internacional, afiguram alguns dos exemplos recentes do robustecimento destes sistemas. Em Timor-Leste, a promulgação da lei sobre a violência doméstica, o fortalecimento dos sistemas de responsabilização das forças de defesa e segurança, assim como a diminuição das taxas de mortalidade infantil e materna demonstram a seriedade com que os direitos fundamentais são encarados.

Nesta teia de fortalecimento da proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais encontra-se uma tendência para o aumento de situações jurídicas consideradas como direitos fundamentais e direitos humanos. Por um lado, este aumento demonstra a importância atribuída aos direitos humanos e aos direitos fundamentais. Porém, por outro lado, um acréscimo nos padrões de direitos fundamentais e de direitos humanos pode diluir o caráter de fundamentalidade destes, esbatendo o limite entre direito fundamental e direitos de outra natureza.

Ao nível internacional, encontram-se opiniões divergentes sobre esta questão, por parte dos Estados, dos organismos especializados das Nações Unidas e da doutrina de juristas de reconhecido mérito. Alguns Estados manifestam-se, de forma veemente, questionando a necessidade de se criar novos padrões de direitos humanos, argumentando que aqueles já reconhecidos são capazes de proporcionar a proteção necessária aos indiví-

duos⁽⁴¹⁾. De distinta forma, diferentes mecanismos dos direitos humanos ao nível das Nações Unidas desenvolvem regularmente estudos argumentando a favor do reconhecimento de novos padrões⁽⁴²⁾. A posição da doutrina encontra-se frequentemente dividida sobre esta questão.⁽⁴³⁾

Em relação aos direitos fundamentais na Constituição de Timor-Leste, esta mantém-se em linha com os dois principais tratados internacionais de direitos humanos: o Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais. Observa-se que a Constituição timorense não inclui certos padrões que figuram como direitos fundamentais nas constituições de vários dos países de língua portuguesa, como é o caso do direito de antena e garantias relacionadas (artigo 49.º da Constituição moçambicana), direito à livre iniciativa económica (artigo 38.º da Constituição angolana), liberdade de escolha de profissão e acesso à função pública (artigo 47.º da Constituição portuguesa), entre outros. É importante salientar

⁽⁴¹⁾ A questão da proliferação de padrões de direitos humanos foi já levantada por alguns Estados na década de 90. Por exemplo, a Declaração e Programa de Acção de Viena, aprovada na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos em 1993 expressamente discute esta questão no seu parágrafo II.A-6 ao considerar “a necessidade de manter o alto nível de qualidade das normas internacionais existentes e de evitar a proliferação de instrumentos de Direitos Humanos” (Documento da Assembleia Geral da O.N.U., A/CONF.157/23, 12 de Julho de 1993). Mais recentemente, vários Estados membros das Nações Unidas, através de uma resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, expressaram a preocupação em reconhecer a existência de um direito à água e ao saneamento apesar de este não estar previsto especificamente como padrão autónomo de direitos humanos em instrumentos internacionais (*General Assembly, Department of Public Information, GA/10967, 28 July 2010*).

⁽⁴²⁾ Ver, por exemplo, United Nations, *Report of the Independent Expert on the Issue of Human Rights Obligations Related to Access to Safe Drinking Water and Sanitation, Catarina de Albuquerque* (Human Rights Council, 1 July 2009), para. 55-59; United Nations, *Report of the Independent Expert in the Field of Cultural Rights, Farida Shabed*, 21 March 2011, para. 58-76.

⁽⁴³⁾ Ver, por exemplo, Philip Alston, ‘Conjuring up New Human Rights: A Proposal for Quality Control’, *The American Journal of International Law* 78, no. 3 (1984): 607-21; Lance Gable, ‘The Proliferation of Human Rights in Global Health Governance’, *The Journal of Law, Medicine & Ethics* 35, no. 4 (2007): 534-44; Jona Razzaque, ‘Right to a Healthy Environment in Human Rights Law’, in *International Human Rights Law: Six Decades After the UDHR and Beyond*, ed. Mashood A. Baderin and Manisuli Ssenyonjo (Ashgate Publishing, 2010), 115-135.

que vários autores da doutrina portuguesa questionam a inclusão de alguns destes direitos e garantias relacionadas, como direitos fundamentais ⁽⁴⁴⁾. A abertura constitucional aos direitos fundamentais e a receção do direito internacional, ambas previstas na Constituição timorense (respetivamente nos artigos 9.º e 23.º), garantem uma ampla proteção aos direitos fundamentais, complementando vigorosamente as garantias expressas no seu texto. ⁽⁴⁵⁾

2.3 O Contexto Nacional: Os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos em Timor-Leste

Em Timor-Leste, os direitos fundamentais e os direitos humanos desempenharam uma função proeminente no desenvolvimento da sua História. Os direitos humanos — especificamente o direito à autodeterminação — figurou como a principal norma jurídica utilizada para assegurar a independência da nação. Menções específicas ao direito à autodeterminação do povo timorense estão assentes em vários documentos das Nações Unidas, incluindo na resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas, em Dezembro de 1975, meses após a invasão da Indonésia a Timor-Leste ⁽⁴⁶⁾, assim como em resoluções anuais da Assembleia Geral, adotadas entre 1975 e 1982. ⁽⁴⁷⁾

⁽⁴⁴⁾ Ver, Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, 2. ed., Tomo I (Coimbra: Coimbra Editora, 2010), 883-884; Gomes Canotilho e Moreira, *Constituição Da República Portuguesa Anotada*, 2007, I (Artigo 1.º a 107.º):602; José de Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais: Introdução Geral* (Principia, 2007), 52-55.

⁽⁴⁵⁾ *Vide*, Capítulo I, 4. Relação Entre o Direito Interno e o Direito Internacional e Capítulo III, 3.2 Outros Direitos Fundamentais.

⁽⁴⁶⁾ O.N.U., *Resolução Do Conselho de Segurança, 384 (1975)*, 1975.

⁽⁴⁷⁾ O.N.U., *Resolução Da Assembleia Geral, 3485 (XXX)*, 1975; O.N.U., *Resolução Da Assembleia Geral, 31/53*, 1976; O.N.U., *Resolução Da Assembleia Geral, 32/34*, 1977; O.N.U., *Resolução Da Assembleia Geral, 33/39*, 1978; O.N.U., *Resolução Da Assembleia Geral, 34/40*, 1979; O.N.U., *Resolução Da Assembleia Geral, 35/27*, 1980; O.N.U., *Resolução Da Assembleia Geral, 36/50*, 1981; O.N.U., *Resolução Da Assembleia Geral, 37/30*, 1982. A resolução de 1982 foi a última resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas em relação à situação de Timor-Leste durante a ocupação da Indonésia, apesar de a questão de Timor-Leste continuar a ser incluída anualmente na agenda deste órgão entre 1982 e 1998. Tal deveu-se ao facto de a questão de Timor-Leste ter sido, a partir de 1983, lidada sob a égide do Secretário-geral das Nações Unidas e o debate na Assembleia Geral ser anualmente adiado com base na recomendação do seu Comité Geral.

A História de Timor-Leste, desde a colonização Portuguesa até à restauração da sua independência em 2002, é narrada no relatório da Comissão de Acolhimento, Verdade e Reconciliação, publicado em 2005⁽⁴⁸⁾. No que diz respeito à questão dos direitos humanos, aquele relatório debate os padrões violados por diferentes instituições, durante a História de Timor-Leste, analisa a utilização daqueles direitos como instrumento de sensibilização para a causa da independência e a inclusão de garantias fundamentais em documentos dos diferentes movimentos sociais e partidos políticos de Timor-Leste.⁽⁴⁹⁾

Durante a resistência de Timor-Leste à ocupação da Indonésia, foram utilizados vários mecanismos internacionais para a promoção dos direitos humanos do povo timorense, incluindo a extinta Comissão dos Direitos Humanos⁽⁵⁰⁾, o Conselho de Segurança⁽⁵¹⁾, a Assembleia Geral das Nações Unidas⁽⁵²⁾ e o Tribunal Internacional de Justiça⁽⁵³⁾. Alguns direitos fundamentais já estavam presentes na Constituição de Timor-Leste de 1975, nomeadamente, o direito ao trabalho, à educação e à saúde, o direito à participação política, a liberdade religiosa e a igualdade entre homens e mulheres⁽⁵⁴⁾. Os manifestos da Associação Social Democrática Timorense (ASDT) e da Associação Popular Democrática Timorense (Apodeti) de 1975 também incorporavam estes preceitos ao proclamarem o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades individuais.

Em 1999, ao povo timorense foi dada a oportunidade de exercer o seu

⁽⁴⁸⁾ CAVR, *Chega! Relatório Da Comissão de Acolhimento, Verdade E Reconciliação de Timor-Leste* (Dili, 2005).

⁽⁴⁹⁾ Ver, em especial, CAVR, *Chega! Relatório Da Comissão de Acolhimento, Verdade E Reconciliação de Timor-Leste* (Dili, 2005), cap. 3 a 7.

⁽⁵⁰⁾ Ver, por exemplo, O.N.U., *Resolução Da Comissão de Direitos Humanos, 1997/63*, 1997.

⁽⁵¹⁾ O.N.U., *Resolução Do Conselho de Segurança, 1975*. e O.N.U., *Resolução do Conselho de Segurança, 389 (1976)*, 1976.

⁽⁵²⁾ Nota de rodapé n. 46.

⁽⁵³⁾ East Timor (Portugal v. Australia), Judgement, I.C.J. Reports 1995 (Tribunal Internacional de Justiça 1995). Um resumo em português do acórdão encontra-se publicado no http://www.cedin.com.br/site/pdf/jurisprudencia/pdf_cij/casos_contenciosos_1991_02.pdf (acedido a 10 de Agosto de 2014).

⁽⁵⁴⁾ CAVR, *Chega! Relatório Da Comissão de Acolhimento, Verdade E Reconciliação de Timor-Leste*, 2005, cap. 3.

direito à autodeterminação⁽⁵⁵⁾, através de um referendo sobre o seu estatuto político. O estatuto político escolhido pelos timorenses foi a independência como Estado soberano, sendo esta restaurada em 20 de Maio de 2002. Como expresso em seu primeiro relatório para o sistema de Revisão Periódica Universal das Nações Unidas, “[a] luta do povo timorense para ganhar a sua independência foi, em sua essência e em todas as dimensões, uma luta pelos direitos humanos”.⁽⁵⁶⁾

A Constituição da República Democrática de Timor-Leste reconhece uma gama de direitos fundamentais, doando-lhes uma posição de grande proeminência ao considerar a sua garantia como um dos objetivos principais do Estado.⁽⁵⁷⁾

A vontade de Timor-Leste de participar na comunidade internacional é expressa pela sua adesão, sem reservas, a sete dos principais tratados internacionais de direitos humanos. Já em 2003, Timor-Leste ratificou o PIDCP e o seu segundo protocolo adicional⁽⁵⁸⁾, o PIDESC⁽⁵⁹⁾, a CCT⁽⁶⁰⁾, a CEDR⁽⁶¹⁾, a CEDAW e seu

⁽⁵⁵⁾ A autodeterminação é reconhecida como um direito e enquanto princípio do direito internacional. A Carta das Nações Unidas reconhece a autodeterminação como um de seus objetivos e como um princípio basilar para a relação pacífica e amistosa entre os Estados (artigos 1.º-2 e 55.º). O artigo 1.º-1 comum ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e ao Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais prevê: “Todos os povos têm o direito a dispor deles mesmos. Em virtude deste direito, eles determinam livremente o seu estatuto político e dedicam-se livremente ao seu desenvolvimento económico, social e cultural.” Ainda, o Tribunal Internacional de Justiça considerou a autodeterminação dos povos como um princípio *erga omnes* do direito internacional (*East Timor (Portugal v. Australia), Judgement, I.C.J. Reports 1995, 29* (Tribunal Internacional de Justiça 1995), vol. I.C.J. Reports 1995, para. 29.) *Vide*, Capítulo I, 3.2.5 Os princípios gerais do Direito internacional.

⁽⁵⁶⁾ *Relatório Nacional Submetido de Acordo Com O Parágrafo 15 (a) Do Anexo Da Resolução 5/1 Do Conselho de Direitos Humanos: Timor-Leste*, 19 July 2011, para. 122. (tradução livre das autoras).

⁽⁵⁷⁾ Artigo 6.º/b.

⁽⁵⁸⁾ Resolução do Parlamento Nacional n.º 3/2003, de 22 de Julho; Resolução do Parlamento Nacional n.º 13/2003, de 17 de Setembro.

⁽⁵⁹⁾ Resolução do Parlamento Nacional n.º 8/2003, de 17 de Setembro.

⁽⁶⁰⁾ Resolução do Parlamento Nacional n.º 9/2003, de 17 de Setembro.

⁽⁶¹⁾ Resolução do Parlamento Nacional n.º 10/2003, de 17 de Setembro.

protocolo opcional⁽⁶²⁾, a CDC⁽⁶³⁾ e o protocolo facultativo relativo à venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil, bem como o Protocolo relativo à participação de crianças em conflitos armados⁽⁶⁴⁾ e a CIDTM⁽⁶⁵⁾. Timor-Leste é também um Estado parte da Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados e seu protocolo de 1967⁽⁶⁶⁾, das quatro Convenções de Genebra relativas à proteção de vítimas de conflitos armados e dos seus três protocolos adicionais⁽⁶⁷⁾, do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças⁽⁶⁸⁾, das Convenções Números 29, 87, 98 e 182 da Organização Internacional do Trabalho⁽⁶⁹⁾, assim como do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.⁽⁷⁰⁾

⁽⁶²⁾ Resolução do Parlamento Nacional n.º 11/2003, de 17 de Setembro; Resolução do Parlamento Nacional n.º 12/2003, de 17 de Setembro.

⁽⁶³⁾ Resolução do Parlamento Nacional n.º 16/2003, de 17 de Setembro.

⁽⁶⁴⁾ Resolução do Parlamento Nacional n.º 17/2003, de 17 de Setembro; *Resolução Do Parlamento Nacional N. 18/2003*, de 17 de Setembro. Timor-Leste declarou ser 18 anos a idade mínima para o recrutamento voluntário nas forças armadas. O artigo 3.º-2 desta Convenção requer que o Estado parte, no momento da ratificação ou adesão, faça uma declaração “indicando a idade mínima a partir da qual autoriza o recrutamento voluntário nas suas forças armadas”. Note-se ainda que a Convenção dos Direitos da Criança proíbe, no seu artigo 38.º-3, o recrutamento para forças armadas de crianças menores de 15 anos.

⁽⁶⁵⁾ Resolução do Parlamento Nacional n.º 23/2003, de 19 de Novembro.

⁽⁶⁶⁾ Resolução do Parlamento Nacional n.º 20/2003, de 17 de Setembro.

⁽⁶⁷⁾ A ratificação para adesão da Convenção de Genebra I para Melhorar a Situação dos Feridos e Doentes das Forças Armadas em Campanha, Convenção de Genebra II para melhorar a Situação dos Feridos, Doentes e Náufragos Das Forças Armadas no Mar, Convenção de Genebra III Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra, Convenção de Genebra IV Relativa à Protecção das Pessoas Civis em Tempo de Guerra, Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra relativo à Protecção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais e Protocolo Adicional II relativo à Protecção das Vítimas dos Conflitos Armados Não Internacionais foi feita em 2002 pela *Resolução Do Parlamento Nacional N. 18/2002*, de 9 de Setembro. O Protocolo Adicional III relativo à Adoção de um Emblema Distintivo Adicional foi ratificado em 2009 através da *Resolução Do Parlamento Nacional N.º 22/2009*, de 10 de Junho.

⁽⁶⁸⁾ Resolução do Parlamento Nacional n.º 29/2009, de 9 de Setembro.

⁽⁶⁹⁾ Respetivamente, Convenção sobre o Trabalho Forçado (ratificada pela Resolução do Parlamento Nacional n.º 10/2009, de 8 de Abril), Convenção sobre a Liber-

3. FONTES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DOS DIREITOS HUMANOS

Uma compreensão sobre os direitos fundamentais e os direitos humanos requer uma análise das suas fontes normativas. Sendo a questão das fontes de Direito e a sua capacidade de criar normas jurídicas um assunto de carácter introdutório do Direito em geral e do direito civil em particular, afigura-se relevante prover um resumo genérico das diferentes fontes e da sua capacidade de criar normas jurídicas no ordenamento nacional e internacional no âmbito do sistema dos direitos fundamentais e dos direitos humanos.

As fontes do Direito, em seu sentido técnico-jurídico, podem ser definidas como os modos de formação e revelação das normas jurídicas em um determinado ordenamento jurídico. Tradicionalmente, são enumeradas quatro fontes do Direito: a lei, a jurisprudência, o costume e a doutrina. As diferentes fontes são ainda classificadas como fontes imediatas (ou diretas) do Direito ou fontes mediatas (indiretas) do Direito. As fontes imediatas são aquelas que criam normas jurídicas, enquanto as fontes mediatas ocupam uma função de contribuição para a formação das normas jurídicas, sem representarem, propriamente, uma norma de valor legal.⁽⁷¹⁾

É possível encontrar normas de direitos fundamentais e de direitos humanos nas quatro fontes tradicionais do Direito.

dade Sindical e a Protecção dos Direitos Sindicais (ratificada pela Resolução do Parlamento Nacional n.º 7/2009, de 25 de Março); Convenção sobre a Aplicação dos Princípios do Direito de Sindicalização e de Negociação Coletivas (ratificada pela Resolução do Parlamento Nacional n.º 8/2009, de 25 de Março) e a Convenção Relativa à Interdição das Piores Formas de Trabalho das Crianças e à Acção Imediata com Vista à sua Eliminação (ratificada pela Resolução do Parlamento Nacional n.º 9/2009, de 8 de Abril)

⁽⁷⁰⁾ Resolução do Parlamento Nacional n.º 13/2002, de 13 de Agosto.

⁽⁷¹⁾ Sobre as fontes de Direito, ver, por exemplo, A. Castanheira Neves, *Curso de Introdução Ao Estudo Do direito: Lições Proferidas a Um Curso Do 1.º Ano Da Faculdade de Direito de Coimbra No Ano Lectivo de 1971-72* (Coimbra, 1971), 407-ss; José de Oliveira Ascensão, *O Direito — Introdução E Teoria Geral*, 13.ª ed. refundida (Coimbra: Almedina, 2010), 255-ss; Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, 25.ª Edição (São Paulo: Saraiva, 2001), 129-172.

3.1 Ao Nível Nacional

No âmbito geral das fontes de Direito em Timor-Leste, as leis são as principais fontes imediatas (ou diretas) do Direito, como claramente previsto no artigo 1.º do Código Civil⁽⁷²⁾. As leis são definidas como “todas as disposições genéricas provindas dos órgãos estaduais competentes” (artigo 1.º-2 do Código Civil e também artigo 2.º-2 da Lei n.º 10/2003, de 10 de Dezembro, sobre Interpretação do Artigo 1.º da Lei n.º 2/2002, de 7 de Agosto e Fontes do Direito).

Refira-se, desde já, que a Constituição é a lei suprema de Timor-Leste.⁽⁷³⁾ Lembra-se, como já visto, que o próprio conceito de direito fundamental aponta para a sua positividade no texto Constitucional, sendo, regra geral, necessária a sua inclusão na lei constitucional.

As leis e outros diplomas legislativos representam instrumentos importantes como fontes tanto de normas de direitos fundamentais como de normas necessárias para a aplicação destes.

Normas positivadas em leis ordinárias podem estabelecer normas de direitos fundamentais. Tal é fruto da abertura do sistema dos direitos fundamentais estabelecida no artigo 23.º da Constituição timorense, segundo o qual os “direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes da lei”. Quando os direitos fundamentais são previstos nas leis, possuem um carácter extra constitucional e são classificados como *direitos só materialmente fundamentais*, como já mencionado quando da análise sobre a classificação dos direitos fundamentais. Considerando esta abertura do sistema, deparamo-nos com a difícil tarefa de identificar quais as normas previstas em leis ordinárias que podem ser consideradas como direitos fundamentais (em sentido só material) e quais aquelas que não podem ser consideradas como tal. O critério determinante é o *critério de fundamentalidade* das normas previstas na legislação ordinária.⁽⁷⁴⁾

As leis e outros diplomas legislativos são também da máxima importância para a implementação dos direitos fundamentais. A própria Constituição faz referência à necessidade da regulamentação por lei de vários padrões de direitos

⁽⁷²⁾ Lei n.º 10 /2011, de 14 de Setembro.

⁽⁷³⁾ Artigo 2.º da Constituição timorense de 2002. *Vide* Capítulo II, 2.2 Princípios Fundamentais.

⁽⁷⁴⁾ *Vide* Capítulo III, 3.2 Outros Direitos Fundamentais.

fundamentais. Este é o caso do direito de manifestação (artigo 42.º-2) ⁽⁷⁵⁾, do direito à objeção de consciência (artigo 45.º-2), do direito à greve (artigo 51.º-1) ⁽⁷⁶⁾, do direito à assistência social (artigo 56.º-1) e do direito à saúde (artigo 57.º-2). As leis podem ainda estabelecer o sistema para a implementação de um certo direito fundamental, assim como as instituições responsáveis para a sua execução. Por exemplo, o direito fundamental ao sufrágio previsto no artigo 47.º da Constituição é implementado no contexto das eleições, através de uma gama de atos legislativos, nomeadamente, leis eleitorais ⁽⁷⁷⁾, legislação que estabeleça e regule órgãos da administração eleitoral ⁽⁷⁸⁾, criminalize atos que colidam com o gozo deste direito ⁽⁷⁹⁾ e que crie a base legal para a constituição de partidos políticos. ⁽⁸⁰⁾

As normas e usos costumeiros podem ser também considerados como fontes imediatas do Direito em Timor-Leste em virtude do seu reconhecimento Constitucional ⁽⁸¹⁾ e da regulamentação do seu valor jurídico pelo Código Civil timorense ⁽⁸²⁾. Note-se, no entanto, que as normas e usos costumeiros só podem ser considerados como fonte imediata do Direito se passarem por uma análise de constitucionalidade e legalidade ⁽⁸³⁾. A conformidade das normas e usos

⁽⁷⁵⁾ Este direito fundamental foi regulamentado pela Lei n.º 1/2006, de 8 de Fevereiro (Liberdade de Reunião e Demonstração).

⁽⁷⁶⁾ Este já regulado pela Lei n.º 4/2012, de 21 de Fevereiro (Lei do Trabalho).

⁽⁷⁷⁾ Lei n.º 6/2006, de 28 de Dezembro (com alterações decorrentes da Lei n.º 6/2007, de 31 de Maio e Lei n.º 7/2011, de 22 de Junho), Lei n.º 7/2006, de 28 de Dezembro (com alterações decorrentes da Lei n.º 5/2007, de 28 de Março e Lei n.º 8/2011, de 22 de Junho) e a Lei n.º 3/2009, de 8 de Julho (Lideranças Comunitárias e sua Eleição).

⁽⁷⁸⁾ Lei n.º 5/2006, de 28 de Dezembro (com alterações decorrentes da Lei n.º 6/2011, de 22 de Junho) e Decreto-Lei n.º 7/2013, de 22 de Maio.

⁽⁷⁹⁾ Decreto-Lei n.º 19/2009, de 8 de Abril (Aprova o Código Penal).

⁽⁸⁰⁾ Lei n.º 3/2004, de 14 de Abril (Sobre Partidos Políticos).

⁽⁸¹⁾ A Constituição prevê o reconhecimento e a valorização das normas e dos usos costumeiros no seu artigo 2.º-4.

⁽⁸²⁾ O artigo 2.º do Código Civil estipula que “[a]s normas e os usos costumeiros que não contrariem a Constituição e as leis são juridicamente atendíveis.”

⁽⁸³⁾ A Constituição timorense e a sua homóloga portuguesa diferenciam-se sobre o reconhecimento das normas e usos costumeiros, uma vez que a Constituição portuguesa não reconhece expressamente esta fonte de Direito. De certo modo, a Constituição timorense aproxima-se mais da Constituição angolana (artigo 7.º da Constituição da República de Angola de 2010). Porém, a Constituição timorense não determina

costumeiros, como parte da cultura tradicional timorense, com os direitos fundamentais, especialmente, o direito à igualdade de género, é questionada⁽⁸⁴⁾. Portanto, por vezes, poderá haver uma relação de confronto entre os usos costumeiros e os direitos fundamentais.

As outras fontes de Direito — a jurisprudência e a doutrina — são fontes indiretas ou mediatas do Direito em Timor-Leste.

A competência do Supremo Tribunal de Justiça na uniformização da jurisprudência ilustra, por exemplo, a função importante da jurisprudência na interpretação e concretização do Direito, ao ponto de a jurisprudência chegar a ter um efeito de força obrigatória interna para os tribunais.⁽⁸⁵⁾

Com o funcionamento do Tribunal de Recurso e o amadurecimento do sistema jurídico e judicial de Timor-Leste, os números de decisões judiciais estão a aumentar exponencialmente, resultando no fortalecimento de uma jurisprudência nacional⁽⁸⁶⁾. Exemplos de acórdãos que têm vindo a lançar o desenvolvimento de uma jurisprudência na área específica dos direitos fundamentais incluem:

- Acórdão de 16 de Agosto de 2007 (Proc. 02/ACC/2007): neste acórdão, o Tribunal considerou que o direito à igualdade contido no artigo 16.º da Constituição é violado quando tratamento desigual é dado a pessoas em situações análogas sem existir “fundamento sério,

claramente a força jurídica dos costumes, como o faz a Constituição angolana. Entende-se que o novo Código Civil clarificou a força jurídica dos costumes considerando estes “juridicamente atendíveis” desde que não contrariem a Constituição e as leis (artigo 2.º do Código Civil).

⁽⁸⁴⁾ *Relatório Inicial À Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW), Resolução Do Governo N.º 4/2008, de 27 de Fevereiro, de 27 de Fevereiro.*

⁽⁸⁵⁾ O valor dos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de fixação (ou uniformização) de jurisprudência está previsto no artigo 498.º-1 do Código de Processo Civil (“A doutrina do acórdão que fixar jurisprudência uniforme constitui jurisprudência obrigatória para todos os tribunais timorenses”) e no artigo 322.º-3 do Código de Processo Penal (“O recurso para a fixação de jurisprudência vincula todos os tribunais de Timor-Leste”).

⁽⁸⁶⁾ Por exemplo, em 2004, o Tribunal de Recurso publicou 50 acórdãos. No ano de 2009, foram publicados 66 acórdãos, e, em 2010, o número subiu para 74.

legítimo e razoável”⁽⁸⁷⁾. Este tribunal considerou ainda que o princípio da igualdade transpõe três aspetos distintos: “igualdade na criação do direito, a igualdade na aplicação do direito e a igualdade de oportunidades”.⁽⁸⁸⁾

- Acórdão de 23 de Setembro de 2010 (Proc. 59/CO/2010/TR): o Tribunal declarou que o direito à produção de provas representa uma garantia ao direito de acesso ao tribunal (artigo 26.º-1 da Constituição) e às garantias do processo criminal (artigo 34.º-3 da Constituição).⁽⁸⁹⁾
- Acórdão de 20 de Agosto de 2008 (Proc. 02/CONST/08/TR): o Tribunal considerou a natureza do direito à petição previsto no artigo 48.º da Constituição, distinguindo este direito da garantia fundamental de acesso aos tribunais contida no artigo 26.º da Constituição.⁽⁹⁰⁾

O Tribunal de Recurso tem utilizado a jurisprudência de outros países como instrumento de auxílio na interpretação das normas aplicáveis em Timor-Leste. Note-se que o Tribunal não se limita à jurisprudência de países de língua Portuguesa, examinando também outras jurisdições, incluindo jurisdições que não seguem o sistema civilista de Direito, principalmente, em casos que não se debruçam sobre matérias de carácter processual. É relevante destacar que, na determinação do uso de jurisprudência estrangeira, o Tribunal de Recurso considera analiticamente as decisões dos tribunais de outras jurisdições, incluindo a portuguesa e a brasileira, num processo que pode incluir a identificação de semelhanças e diferenças entre as jurisdições estrangeiras e o ordenamento jurídico nacional, dando uma ênfase especial ao contexto socio-cultural timorense.⁽⁹¹⁾

⁽⁸⁷⁾ Tribunal de Recurso, Acórdão de 16 de Agosto de 2007, Proc. n.º 02/AAC/07/TR, 264 (Tribunal de Recurso 2007).

⁽⁸⁸⁾ Ibid. Ver, também, Tribunal de Recurso, Acórdão de 15 de Fevereiro de 2011, Proc.01/RC/2009/TR (Tribunal de Recurso 2011).

⁽⁸⁹⁾ Tribunal de Recurso, Acórdão 23 de Setembro de 2010, Proc. n.º 59/CO/2010/TR, 10 (2010).

⁽⁹⁰⁾ Cfr. Tribunal de Recurso, Acórdão de 20 de Agosto de 2008 (Fiscalização Abstrata Sucessiva da Constitucionalidade), Proc.02/2008/TR (Tribunal de Recurso 2008).

⁽⁹¹⁾ Cfr. Tribunal de Recurso, Acórdão 15 de Fevereiro de 2010, Proc. n.º 13/CIVEL/2009/TR, 7 (2010).

A utilização da doutrina é um instrumento de grande valia no processo judicial de interpretação das normas. Em Timor-Leste, a existência de doutrina é ainda limitada, não existindo volumes de estudos científicos sobre o Direito aplicado à realidade do país, incluindo na área dos direitos fundamentais. Há, no entanto, alguns exemplos de juristas de outras jurisdições que se debruçaram sobre questões jurídicas de Timor-Leste, prestando, assim, apoio ao desenvolvimento de uma doutrina nacional. Como consequência desta realidade, revela-se frequente o uso da doutrina Portuguesa pelo Tribunal de Recurso⁽⁹²⁾. Entre os principais autores da doutrina Portuguesa utilizados por este tribunal, na área dos direitos fundamentais, incluem-se Gomes Canotilho, Vital Moreira e Jorge Miranda.

3.2 Ao Nível Internacional

As normas de direitos humanos podem ser encontradas nas diferentes fontes do Direito internacional público, sendo os tratados e os costumes as suas principais fontes.

O ponto de partida para a identificação das fontes do Direito ao nível internacional é o artigo 38.º-1 do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, que é geralmente considerado pela doutrina, incluindo a doutrina portuguesa, como o elenco tradicional das fontes do Direito internacional⁽⁹³⁾. O artigo 38.º-1 do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça identifica cinco fontes do Direito internacional a ser aplicado por este próprio tribunal: as convenções internacionais, o costume internacional, os princípios gerais do Direito, as

⁽⁹²⁾ A doutrina e o direito brasileiro, espanhol, italiano e americano são também utilizados pelo Tribunal de Recurso. Cfr. Tribunal de Recurso, Acórdão de 29 de Abril de 2010, Proc. 20/CO/10/TR, 926-ss31 (Tribunal de Recurso 2010); Tribunal de Recurso, Acórdão de 31 de Outubro de 2007, Proc. 40/C.O./2007/TR, 14 (Tribunal de Recurso 2007); Tribunal de Recurso, Acórdão de 14 de Junho de 2010, Proc. 24/CO/10/TR, 71-72 (Tribunal de Recurso 2010); Tribunal de Recurso, Acórdão de 15 de Fevereiro de 2011, Proc.01/RC/2009/TR, 35-36 (Tribunal de Recurso 2011), 35-36.

⁽⁹³⁾ Esta é a posição aceite por grande parte da doutrina portuguesa e internacional. Ver, por exemplo, Machado, *Direito Internacional: Do Paradigma Clássico Ao Pós-11 de Setembro*, p. 103-ss. 2013; António Augusto Cançado Trindade, *A humanização do direito internacional* (Editora del Rey, 2006), 30-96.

decisões judiciais e a doutrina⁽⁹⁴⁾. Às cinco fontes identificadas no Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça é adicionada uma sexta fonte: os atos das organizações internacionais (ou os instrumentos de *soft law*).⁽⁹⁵⁾

As convenções ou tratados internacionais, os costumes e o *jus cogens* são fontes principais de Direito (ou utilizando a linguagem do Direito interno, fonte imediata ou direta de Direito), sendo os princípios gerais do Direito (excluindo o *jus cogens*), as decisões judiciais, a doutrina e as decisões de organizações internacionais fontes secundárias (ou fontes mediatas ou indiretas) de Direito.

Apesar de serem encaradas como diferentes fontes de Direito internacional, o direito convencional, o costume, os princípios gerais do Direito, as decisões judiciais, a doutrina e as decisões de organizações internacionais não atuam de forma isolada. Sobre este assunto, Jorge Miranda aclara que:

“[As] categorias de fontes surgem em abstrato com suficiente autonomia. Em concreto, são interdependentes e as normas através delas criadas entrelaçam-se sistematicamente, sem prejuízo de consideração de zonas diferenciadas (direito internacional universal e direito internacional regional, direito das Nações Unidas, direito europeu dos direitos dos homens, (...) etc.)”⁽⁹⁶⁾

Para além do entrelaçamento entre as diferentes fontes no Direito internacional, note-se a existência de uma sobreposição de diferentes regras, em que uma certa regra coexiste como uma norma em várias das fontes do Direito

⁽⁹⁴⁾ Artigo 38.º-1: “O Tribunal, cuja função é decidir em conformidade com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a) As convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b) O costume internacional, como prova de uma prática geral aceite como direito; c) Os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas; d) Com ressalva das disposições do artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.”

⁽⁹⁵⁾ Entre muitos, ver, Machado, *Direito Internacional: Do Paradigma Clássico Ao Pós-11 de Setembro* 2013, 139-140; Miranda, *Curso de Direito Internacional Público*, 2009, 49-51; Ian Brownlie, *Princípios de Direito Internacional Público* (Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997), 15.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. Miranda, *Curso de Direito Internacional Público*, 2009, 44.

internacional, representando ao mesmo tempo uma norma convencional, uma norma consuetudinária e *jus cogens*. Um claro exemplo é a proibição da tortura que, positivada no PIDCP e na Convenção contra Tortura, representa também um costume internacional e é amplamente considerada como *jus cogens*. Esta sobreposição é, de certa forma, acentuada no ramo dos direitos humanos em virtude das raízes humanistas deste e do nível acentuado de positivação das suas normas.

3.2.1 Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos

Uma parte considerável dos padrões de direitos humanos encontra-se hoje prevista em tratados. Os tratados de direitos humanos são universais ou regionais e tratam de um conjunto específico de direitos e garantias (por exemplo, os direitos civis e políticos ou a proibição da tortura), ou um grupo específico de titulares dos direitos (por exemplo, crianças, mulheres e pessoas portadoras de deficiência).

Os padrões de direitos humanos amparados nos tratados incorporam um sistema forte de proteção, contendo mecanismos internacionais específicos para o controlo das obrigações assumidas pelos Estados. É neste contexto que, atualmente, o conjunto dos tratados de direitos humanos criou um nível internacional de controlo e reclamação, ao qual chamamos de sistema internacional de proteção de direitos humanos. É de relevância notar que os tratados internacionais de direitos humanos beneficiaram de uma experiência histórica em comum que dominou a evolução do direito internacional dos direitos humanos, na última metade do século XX. Os instrumentos elaborados mais recentemente não só obtiveram proveito desse regime convencional estabelecido anteriormente, mas também foram desenvolvidos com base nas convenções anteriores, aumentando ainda mais o conteúdo e o alcance das suas garantias.

Parece-nos necessário sublinhar aqui que todas as fontes de Direito internacional dos direitos humanos são relevantes no seu âmbito normativo. Por outro lado, reconhece-se que o desenvolvimento contemporâneo dos direitos humanos ao nível internacional é formado primordialmente por um elevado nível de positivação ou codificação.

No ordenamento jurídico interno de Timor-Leste, um tratado internacional é designado como “qualquer acordo concluído entre dois ou mais sujeitos de Direito Internacional Público, destinado a produzir efeitos jurídicos e regulado pelo Direito Internacional Público” [(artigo 1.º/k) da Lei

n.º 6/2010, de 12 de Maio (Sobre Tratados Internacionais)]. Com base nesta norma, o conceito de tratado internacional aplicado no ordenamento jurídico timorense envolve quatro elementos distintos:

- a) A existência de um acordo de vontades;
- b) Acordo entre sujeitos de Direito internacional, que tenham agido nesta qualidade;
- c) A produção de efeitos jurídicos; e
- d) A regulamentação pelo direito internacional.

Em uma conceptualização mais simplificada poderia dizer-se que os tratados estabelecem direitos e deveres entre as suas partes ou determinam outros efeitos nas relações entre elas.

Os tratados que consagram os direitos humanos conformam com os quatro elementos constitutivos de um tratado como fonte de Direito internacional identificados acima, porém, possuem um certo grau de particularidade em relação à produção de efeitos jurídicos quando comparados com outros tipos de tratados.

Recorda-se aqui, com base no conceito e nas funções dos direitos humanos, que os tratados de direitos humanos não pretendem, no seu plano normativo principal, a criação tradicional de direitos e deveres entre os Estados Partes do tratado. A intenção dos Estados ao participar dos tratados internacionais de direitos humanos é o reconhecimento de que os indivíduos são titulares de direitos face ao Estado.

“Os tratados modernos sobre os direitos humanos em geral (...) não são tratados multilaterais do tipo tradicional, concluídos em função de um intercâmbio recíproco de direitos para o benefício mútuo dos Estados contratantes. Os seus objetivos e fins são a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos, independentemente da sua nacionalidade, tanto frente ao seu próprio Estado, como perante os outros Estados contratantes. Ao aprovarem estes tratados sobre os direitos humanos, os Estados submetem-se a uma ordem legal dentro da qual eles, para o bem comum, assumem várias obrigações, não em relação com os outros Estados, mas sim para com o indivíduo sobre a sua jurisdição.”⁽⁹⁷⁾

⁽⁹⁷⁾ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-2/82*, de 24 de Setembro de 1982, para. 29 (tradução livre das autoras).

Para além do enunciado acima, é importante salientar que aos tratados de direitos humanos remontam aspetos particulares sobre os efeitos jurídicos decorrentes da sua violação. A estes tratados não é aplicável o princípio geral do direito segundo o qual o incumprimento das obrigações por uma das partes de um acordo alivia a outra das suas obrigações, uma vez que têm por objetivo regular primordialmente o relacionamento entre o Estado e os indivíduos sob a sua jurisdição, e não relações inter-Estatais⁽⁹⁸⁾. Isto é, a violação das normas dos tratados de direitos humanos não são causa de denúncia por uma das partes, nem implicam a cessação dos seus deveres, mas acionam mecanismos variados que possuem como objeto a garantia do cumprimento das normas convencionais.⁽⁹⁹⁾

As principais características dos tratados de direitos humanos elaborados sob a égide das Nações Unidas são:

- *Tratados-normativos*: estipulam normas reguladoras ou comandos de carácter geral e concretos, com uma pretensão para a sua validade internacional. Os tratados internacionais de direitos humanos não são tratados-contratos que se esgotam com a realização de prestações recíprocas.
- *Multilaterais*: são vários os Estados parte dos tratados de direitos humanos, ao contrário dos tratados bilaterais ou trilaterais, por exemplo.
- *Solenes*: sujeitos a um critério formal de ratificação (em sentido amplo) por parte de um Estado que estima fazer parte do tratado internacional de direitos humanos.⁽¹⁰⁰⁾
- *Abertos*: os Estados podem tornar-se parte do tratado, a qualquer momento, ainda que não tenham participado no momento da sua adoção e mesmo depois da sua entrada em vigor no Direito internacional.

⁽⁹⁸⁾ Vale a pena ressaltar que o artigo 60.º-5 da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados prevê que “[o] disposto nos números 1 a 3 não se aplica às disposições relativas à proteção da pessoa humana contidas nos tratados de natureza humanitária, nomeadamente às disposições que proíbem toda a forma de represálias sobre as pessoas protegidas pelos referidos tratados.”

⁽⁹⁹⁾ Ver, Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Opinião Consultiva OC-2/82*, de 24 de Setembro de 1982, para. 29

⁽¹⁰⁰⁾ Artigo 3.º-1 e 2 da Lei n.º 6/2010, de 12 de Maio.

- *Institucionais ou não institucionais*: a vasta maioria dos tratados principais de direitos humanos é institucional, pois estes tratados criam entidades específicas com a função de monitorizar a sua implementação, os Comités. Os protocolos facultativos aos tratados são, na sua maioria, com a exceção do Protocolo à Convenção contra a Tortura, não institucionais.
- *Exequíveis por si mesmos, não exequíveis ou mistos*: a exequibilidade relaciona-se com a capacidade de um tratado ser implementado de forma plena — ou, ainda, de possuir plena efetividade — sem a necessidade de um outro tratado ou uma lei de conformação. ⁽¹⁰¹⁾
- *Perpétuos*: uma vez que os tratados internacionais de direitos humanos possuem uma duração indefinida.
- *Tratados principais ou acessórios*: os protocolos facultativos (ou protocolos adicionais) aos tratados de direitos humanos são exemplos de tratados acessórios. Os protocolos são necessariamente subsequentes ao tratado principal e deles dependentes, e somente um Estado parte do tratado principal pode tornar-se parte do tratado acessório.

Os tratados são de grande importância no sistema das fontes no direito internacional, representando o método mais confiável para a identificação das normas que foram acordadas entre e pelos Estados.

Seguindo as etapas processuais previstas na Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados de 1969, o artigo 4.º da Lei n.º 6/2010, de 12 de Maio, identifica que a feitura de um tratado internacional é um procedimento composto por quatro fases principais: 1) a negociação do texto e a sua adoção; 2) o consentimento dos Estados a serem vinculados (adesão ou ratificação); 3) a comunicação ou notificação internacional desta vinculação; e 4) entrada em vigor do tratado.

Especificamente em relação aos tratados de direitos humanos, a negociação do texto dentro das Nações Unidas pode percorrer diferentes caminhos no que respeita à sua origem e duração. A negociação dos tratados universais de direitos humanos das Nações Unidas culmina com uma resolução da Assembleia Geral, uma atividade deste órgão em conformidade com a sua função de

⁽¹⁰¹⁾ Para uma tentativa de definição sobre eficácia, aplicabilidade, exequibilidade e justiciabilidade, *vide*, Capítulo III, 4.1. Conceitos Conexos e Afins : Aplicabilidade, Exequibilidade, Eficácia e Justiciabilidade.

“desenvolvimento progressivo do direito internacional e a sua codificação”, como previsto no artigo 13.º-1/a da Carta das Nações Unidas. O esboço do texto do tratado pode ser realizado pela própria Assembleia Geral, como foi o caso da Convenção sobre os Direitos Humanos das Pessoas Portadoras de Deficiência, como também pode ser desenvolvido por órgãos subsidiários com especialidade em direitos humanos, como ocorreu com a Convenção Internacional para a Proteção de todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado.

O tempo necessário para o esboço, a negociação e a adoção de um tratado internacional de direitos humanos é relativo e depende de vários fatores, incluindo o assunto em questão e a dinâmica existente na política internacional. Por exemplo, a Convenção Internacional para a Proteção de todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado (CPDF) foi precedida de uma declaração não vinculativa e foi necessário mais de duas décadas desde as primeiras discussões formais sobre um instrumento internacional nesta área até à adoção desta Convenção. De uma forma bastante mais breve, por exemplo, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) precisou de menos de 5 anos desde o primeiro passo no processo do seu esboço até à sua adoção.

Para que um tratado internacional de direitos humanos entre em vigor no ordenamento jurídico internacional é necessário um número mínimo de ratificações ou adesões por Estados. A ratificação e a adesão a um tratado representam a expressão da vontade de um Estado de ser vinculado pelos termos do tratado ⁽¹⁰²⁾. A *ratificação* como mecanismo de vinculação de um tratado é precedida pela *assinatura* do mesmo ⁽¹⁰³⁾. Os Estados que não assinaram o tratado no momento da sua adoção, ou por não terem participado do processo de adoção ou por decidirem pela não-assinatura naquele dado momento, podem ainda tornar-se parte do tratado através de um instrumento de *adesão* ⁽¹⁰⁴⁾. Todos os atuais tratados de direitos humanos permitem a adesão de qualquer Estado, refletindo a tendência de motivar o maior número de Estado partes

⁽¹⁰²⁾ Ver, por exemplo, o artigo 25.º da CEDAW.

⁽¹⁰³⁾ O artigo 1.º/d da Lei n.º 6/2010, de 12 de Maio define a assinatura de tratados solenes como o “acto que autentica o texto e obriga o Estado a não actuar no sentido de inviabilizar a sua futura vinculação ao tratado”. Esta mesma lei ainda define a ratificação como “uma forma de vinculação a um tratado solene” (artigo 1.º /j).

⁽¹⁰⁴⁾ O artigo 1.º/b da Lei No. 6/2010, de 12 de Maio define adesão como “uma forma de vinculação a um tratado não autenticado pelo Estado, não tendo este, igualmente, participado na sua negociação e adopção”.

incluindo aqueles que não participaram diretamente no desenvolvimento do texto do tratado. Para a maioria dos Estados, a opção por um instrumento de ratificação ou de adesão é, frequentemente, uma escolha política. No entanto, para Timor-Leste, visto que se tornou membro das Nações Unidas em 2002, a possibilidade de tornar-se um Estado parte de um tratado através da sua ratificação existe unicamente para os tratados adotados pela Assembleia Geral das Nações Unidas depois de 2002.⁽¹⁰⁵⁾

Os tratados de direitos humanos estabelecem critérios diferentes quanto ao número mínimo de ratificações necessárias para a sua entrada em vigor. A maioria destes tratados requer 20 ratificações, entre os quais, a CDPD (artigo 45.º), a CEDAW (artigo 27.º), a CCT (artigo 27.º) e a CDC (artigo 49.º). Outros tratados condicionam a sua entrada em vigor a um maior número de ratificações, como é o caso dos dois Pactos internacionais que prescrevem um mínimo de 35 ratificações (artigo 49.º do PIDCP e artigo 27.º do PIDESC) e da CEDR que requer 27 ratificações (artigo 19.º). De forma semelhante ao processo de negociação e adoção, o período entre a adoção de um tratado e a sua entrada em vigor varia. A CIDTM demorou mais de doze anos para obter o número mínimo de ratificações. Para o PIDCP e o PIDESC, foi preciso quase uma década para obter as 35 ratificações necessárias. A CDC, seguida da CDPD e da CEDAW, são as convenções, até à corrente data, que contaram com os prazos de maior brevidade entre a data das suas adoções e a respetiva entrada em vigor.

No âmbito do direito internacional dos direitos humanos, a possibilidade de formular *reservas* permite aos Estados tornarem-se parte de um instrumento convencional ao aceitarem a maioria das disposições aí contidas, mesmo que tenham dificuldades em garantir todos os padrões de direitos previstos num

⁽¹⁰⁵⁾ De entre os tratados de direitos humanos adotados depois de 2002, Timor-Leste até à data assinou o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura em 16 de dezembro de 2005 (Reference: C.N.964.2005.TREATIES-24 (Depositary-Notification) e o Protocolo Facultativo ao PIDESC em 28 de Setembro de 2009 (Reference: C.N.665.2009.TREATIES-30 (Depositary-Notification)). No momento da adoção da CDPD, do seu protocolo opcional e da CPDF, em 2006, Timor-Leste preferiu não assinar estas convenções. Assim, caso Timor-Leste decida tornar-se Estado parte destes tratados, a sua vinculação deverá ser feita pelo instrumento de adesão. A ratificação por Timor-Leste dos onze tratados de direitos humanos deu-se através do processo de adesão.

determinado tratado⁽¹⁰⁶⁾. As reservas representam um instrumento através do qual um Estado, no momento da assinatura, ratificação ou adesão, declara a vontade de que, na aplicação do tratado a esse Estado, o efeito jurídico de certa norma convencional é excluído ou modificado⁽¹⁰⁷⁾. Timor-Leste não submeteu, até a data, qualquer reserva aos tratados de direitos humanos de que faz parte. Porém, o instituto da reserva aos tratados de direitos humanos é uma prática relativamente frequente.⁽¹⁰⁸⁾

Em relação aos tratados internacionais de direitos humanos, a CEDR⁽¹⁰⁹⁾, a CEDAW⁽¹¹⁰⁾, a CDC⁽¹¹¹⁾, a CIDTM⁽¹¹²⁾, a CDPD⁽¹¹³⁾ e o Protocolo Opcional à CDPD⁽¹¹⁴⁾ preveem expressamente a admissibilidade geral de reservas pelos Estados partes. Dois dos instrumentos acessórios, o Protocolo Opcional à CEDAW⁽¹¹⁵⁾ e o Protocolo Facultativo à CCT⁽¹¹⁶⁾, proíbem na sua totalidade a elaboração de qualquer reserva, enquanto o protocolo facultativo ao PIDCP (Segundo Protocolo Adicional ao PIDCP⁽¹¹⁷⁾) e a CCT⁽¹¹⁸⁾ só permitem reservas a algumas de suas normas. Os restantes tratados internacionais de direitos humanos, num total de 3 tratados principais⁽¹¹⁹⁾ e 5 tratados acessórios⁽¹²⁰⁾, não contêm qualquer referência expressa ao instituto das reservas.

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr. Human Rights Committee, *General Comment N. 24: Issues Relating to Reservations Made upon Ratification or Accession to the Covenant or the Optional Protocols Thereto, or in Relation to Declarations under Article 41 of the Covenant*, 1994, para. 4.

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. artigo 1.º-1/d da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

⁽¹⁰⁸⁾ Ver as ratificações e declarações às convenções sobre direitos humanos em <https://treaties.un.org>.

⁽¹⁰⁹⁾ Artigo 20.º

⁽¹¹⁰⁾ Artigo 28.º

⁽¹¹¹⁾ Artigo 51.º

⁽¹¹²⁾ Artigo 91.º

⁽¹¹³⁾ Artigo 46.º

⁽¹¹⁴⁾ Artigo 14.º

⁽¹¹⁵⁾ Artigo 17.º

⁽¹¹⁶⁾ Artigo 30.º

⁽¹¹⁷⁾ Artigo 2.º

⁽¹¹⁸⁾ Artigos 28.º e 30.º

⁽¹¹⁹⁾ Os dois pactos, PIDCP e o PIDESC, e a CPDF.

⁽¹²⁰⁾ Os três protocolos facultativos à CDC (o relativo à venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil, o relativo à participação de crianças em conflitos armados e o relativo à instituição de um procedimento de comunicação), o

Apesar da falta de qualquer menção expressa, as reservas são, no entanto, admissíveis por força da regra geral da permissibilidade do instituto de reservas, no âmbito dos tratados multilaterais, como uma norma do direito internacional costumeiro.⁽¹²¹⁾

As reservas incompatíveis com o objeto e o fim do tratado são sempre proibidas. Este critério de compatibilidade é considerado como um limite material às reservas aplicável a todos os tratados multilaterais, incluindo os tratados internacionais de direitos humanos⁽¹²²⁾. Nos tratados sobre os direitos humanos, a determinação da existência de uma violação do limite material das reservas é realizada através de uma análise casuística pelo Comité relevante⁽¹²³⁾,

primeiro protocolo facultativo referente ao PIDCP e o recentemente aprovado protocolo facultativo ao PIDESC.

⁽¹²¹⁾ Note-se que esta regra que se encontra atualmente positivada na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT) representa uma norma de costume internacional. Evidência clara de tal posição é o facto de vários Estados que não são parte da CVDT terem feito reservas ao PIDCP ou ao PIDESC (e.x. Paquistão, Trinidad e Tobago, Estados Unidos, França, Gâmbia, Mónaco e outros). Esta norma convencional inspirou-se no parecer do Tribunal Internacional de Justiça de 1951, proferido a propósito das inúmeras reservas feitas a normas da Convenção contra o Genocídio (*Reservations to the Convention on Genocide*, ICJ Reports 1951, p. 15 (Tribunal Internacional de Justiça 1951). Ver Quoc Nguyen, Pellet Alain, and Patrick Daillier, *Direito Internacional Público*, 2. ed. (Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003), 186; Sir Ian McTaggart Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (Manchester University Press ND, 1984), 51-ss. Para uma perspetiva histórica quanto à aceitação das reservas, *vide*, Joaquim da Silva Cunha e Maria da Assunção Pereira, *Manual de Direito Internacional Público*, 2. ed. (Coimbra: Almedina, 2004), 239-241.

⁽¹²²⁾ Todos os tratados de direitos humanos que autorizam expressamente a introdução de reservas proíbem aquelas incompatíveis com o objeto e o fim do tratado (e.x. artigo 28.º-2 da CEDAW e artigo 51.º-2 da CDC). Relativamente aos tratados que não contenham uma norma expressa sobre a admissibilidade de reservas, este limite tem sido referido por órgãos internacionais. Comité dos Direitos Humanos, *Rawle Kennedy v. Trinidad e Tobago*, CCPR/C/67/D/845/1999, 6.5 (1999).

⁽¹²³⁾ Como já reconhecido em 1993 pela Declaração e Programa de Ação de Viena e reitarado pelo Comité de Direitos Humanos no seu Comentário Geral n.º 24 em 1994. (*Declaração E Programa de Ação de Viena*, 1993, para. 39; Comité dos Direitos Humanos, *Comentário Geral N. 24*, de Abril de 1994, para. 18.) Ver, por exemplo, Comité dos Direitos das Crianças, *Observações Finais Do Comité, Reino Unido*, de Outubro de 2002, para. 6-7; Comité para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, *Observações*

o qual pode vir a considerar como inválida a reserva que viole o objeto e o fim do tratado.⁽¹²⁴⁾

Apesar da permissibilidade do instituto de reservas na maioria dos tratados de direitos humanos, para garantir o caráter universal dos direitos humanos e como consequência da interdependência entre os diferentes padrões, mostra-se desejável a restrição do uso do instituto de reservas⁽¹²⁵⁾. Neste sentido, os Comitês têm frequentemente solicitado a retirada das reservas aos tratados internacionais de direitos humanos.⁽¹²⁶⁾

Está ainda ao alcance dos Estados parte de um tratado a possibilidade de emitir *declarações interpretativas* que visem esclarecer o sentido de determinadas disposições do tratado. Desta forma, as declarações interpretativas distinguem-se das reservas na medida em que as declarações não visam limitar ou excluir a aplicação de uma disposição do tratado. Como exemplo de uma declaração

Finais Do Comitê, Malásia, de Maio de 2006, para. 9-10; Comitê dos Direitos das Crianças, *Observações Finais Do Comitê, Jordânia*, 28 June 2000, para. 10-11; Comitê dos Direitos Humanos, *Observações Finais Do Comitê, Botsuana*, de Abril de 2008, para. 14. Note-se que tanto o Comitê de Direitos Humanos como a doutrina portuguesa consideram que a regra geral relativa aos tratados multilaterais segundo a qual uma reserva submetida por um Estado parte deve ser aceite pelos restantes Estados parte não é aplicável em relação às convenções internacionais de direitos humanos. Ver, Comitê dos Direitos Humanos, *Comentário Geral N. 24*, para. 17-18; Machado, *Direito Internacional: Do Paradigma Clássico Ao Pós-11 de Setembro* 2013, 346.

⁽¹²⁴⁾ O Comitê de Direitos Humanos considerou inválida uma reserva de Trinidad e Tobago ao Protocolo Facultativo referente ao PIDCP que limitava o acesso ao sistema de comunicação do Comitê de Direitos Humanos a certo grupo de pessoas por considerar a reserva discriminatória e, desta forma, violar o objeto e fim deste protocolo (Comitê dos Direitos Humanos, *Rawle Kennedy v. Trinidad e Tobago*, CCPR/C/67/D/845/1999 (1999)). Sobre o debate relativo às consequências que as reservas consideradas inválidas acarretam, ver Ryan Goodman, 'Human Rights Treaties, Invalid Reservations, and State Consent', *American Journal of International Law* 96 (2002): 531-560.

⁽¹²⁵⁾ *Declaração E Programa de Ação de Viena*, 1993, para. 5, 26 e 46.

⁽¹²⁶⁾ Vide Comitê para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, *Observações Finais Do Comitê, México*, de Maio de 2011, para. 9-10; Comitê dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, *Observações Finais Do Comitê, Nova Zelândia*, 26 June 2003, para. 25; Comitê contra Tortura, *Observações Finais Do Comitê, República Da Indonésia*, 2 July 2008, para. 38; Comitê dos Direitos Humanos, *Observações Finais Do Comitê, Suíça*, 3 November 2009.

interpretativa, temos a declaração feita pela República da Indonésia ao artigo 1.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos⁽¹²⁷⁾. Apesar da diferença conceptual, na prática, a distinção entre declarações e reservas é uma tarefa muitas vezes difícil uma vez que vários Estados utilizam declarações interpretativas para evitar o recurso às reservas, já que as reservas são, por vezes, censuradas.⁽¹²⁸⁾

Vale a pena ressaltar aqui que, em grande parte dos tratados internacionais de direitos humanos, a concretização dos padrões de direitos humanos previstos nos tratados beneficia de uma gama de instrumentos interpretativos elaborados pelos Comités dos tratados. Apesar desta fonte do Direito internacional possuir uma natureza não vinculativa, são instrumentos particularmente importantes para a aplicação dos tratados ao nível nacional, questão a ser considerada abaixo.⁽¹²⁹⁾

A conclusão de tratados por Timor-Leste

Um tratado internacional de direitos humanos entra em vigor para um determinado Estado somente quando este decide, formalmente, fazer parte deste acordo internacional, através do processo de ratificação ou de adesão ao tratado e da comunicação ou notificação internacional da vinculação. A vinculação de um tratado por um Estado é na verdade um processo que segue regras procedimentais dentro do direito internacional e outras regras previstas no direito interno de um Estado.

No que diz respeito à celebração de acordos e tratados internacionais, a Constituição timorense prevê um sistema de divisão de competências entre o

⁽¹²⁷⁾ A República da Indonésia declarou que a expressão “direito à autodeterminação” que consta do artigo 1.º do PIDCP não se aplica a um Estado soberano e independente e não pode ser entendida como uma autorização ou encorajamento a qualquer ação que possa colocar em causa a integridade territorial ou a unidade política de Estados soberanos e independentes.

⁽¹²⁸⁾ Cfr. Comité dos Direitos Humanos, *Comentário Geral N. 24*, para. 3; Nguyen, Alain, and Daillier, *Direito Internacional Público*, 182. Os Comités dos tratados de direitos humanos frequentemente analisam o teor das declarações, opinando sobre a sua verdadeira natureza. A título de exemplo, ver Comité dos Direitos das Crianças, *Observações Finais Do Comité, Djibouti*, 28 June 2000, para. 9; Comité dos Direitos Humanos, *Observações Finais Do Comité, Tailândia*, 8 July 2005, para. 7.

⁽¹²⁹⁾ *Vide* Capítulo I, 3.2.3 Atos das Organizações Internacionais ou *Soft Law*.

Presidente da República, o Parlamento Nacional e o Governo. De forma bastante resumida, para a ratificação de um tratado internacional na área dos direitos humanos é atribuído ao Governo um papel de negociação (artigo 115.º-1/f)⁽¹³⁰⁾, ao Parlamento Nacional é incumbida a responsabilidade de ratificação (artigo 95.º-3/f) e o Presidente da República é competente para a formalização da ratificação com a ordem de publicação do tratado no Jornal da República (artigo 85.º/a).⁽¹³¹⁾

O Parlamento Nacional tem a competência para ratificar tratados ou convenções por força do artigo 95.º-3/f da Constituição. Este artigo, porém, não define claramente as áreas desta competência. Para identificar estas áreas, mostra-se necessária uma análise da competência do Governo e do Presidente da República no contexto da ratificação de tratados (artigo 115.º-1/f), assim como a consideração das competências do Parlamento Nacional previstas no artigo 95.º. O artigo 115.º-1/f inclui a competência do Governo para a celebração de tratados e acordos naquelas áreas que não sejam da competência do Parlamento Nacional ou do Presidente da República. Como o Parlamento Nacional possui a reserva material da competência (ou a competência exclusiva) de legislar na área de direitos, liberdades e garantias (artigo 95.º-2/d), este possuía competência para ratificar os tratados de direitos humanos, como previsto no artigo 95.º-3/f.

Como exposto por Jaime Valle, a competência para a ratificação dos tratados internacionais pelo órgão legislativo apresenta-se como uma solução pouco adotada por outras jurisdições, que prevêm, na sua maioria, a atribuição da ratificação de tratados ao Chefe do Estado⁽¹³²⁾. É assim na maioria dos demais países de língua portuguesa⁽¹³³⁾, e também na maioria dos Estados que pertencem

⁽¹³⁰⁾ Note-se que o Governo tem a competência para aderir aos tratados que não sejam da exclusiva competência do Parlamento Nacional, como prescreve o artigo 115.º-1/f da Constituição.

⁽¹³¹⁾ Para uma maior explicação, ver, Jaime Valle, 'A Conclusão Dos Tratados Internacionais Na Constituição Timorense de 2002', *Revista 'O Direito'*, no. Ano 139.º, IV (2007): 879 -ss.

⁽¹³²⁾ Cfr. *Ibid.*, 10. Para uma discussão sobre o processo de ratificação de tratados em Portugal, ver Miranda, *Curso de Direito Internacional Público*, 2009, 91-115.

⁽¹³³⁾ Cfr. artigo 135.º/b da Constituição portuguesa; artigo 84.º-VIII, da Constituição brasileira; artigo 82.º/b da Constituição santomense; artigo 136.º/a da Constituição cabo-verdiana; artigo 121.º/c da Constituição angolana; artigo 68.º/e da Constituição guineense.

cem à Associação de Nações do Sudeste Asiático (ASEAN) ⁽¹³⁴⁾, na qual Timor-Leste pretende integrar-se.

Vale a pena observar que a Constituição utiliza o termo “ratificação” em *lato sensu*, associado tanto a um instrumento de ratificação no seu sentido estrito, como a um instrumento de adesão.

Em Timor-Leste, certos aspetos do processo de ratificação de tratados internacionais já se encontram codificados na Lei n.º 6/2010, de 12 de Maio (Sobre Tratados Internacionais). Para que Timor-Leste se torne um Estado parte dos tratados internacionais multilaterais, para além da ratificação de acordo com o ordenamento jurídico nacional, é ainda necessário o envio de uma carta de ratificação para a organização internacional responsável, por exemplo, as Nações Unidas e a Organização Internacional do Trabalho ⁽¹³⁵⁾. Após o recebimento desta, as Nações Unidas publicam um instrumento de notificação de depósito (*depository notification*) assinado pelo Secretário-Geral. Aquele instrumento serve como mecanismo de publicitação da ratificação para a comunidade internacional, informando uma nova associação de um Estado ao tratado internacional. ⁽¹³⁶⁾

Após a conclusão do processo de ratificação de um instrumento internacional, resta apenas, para que este possa produzir efeitos na ordem interna, proceder à sua publicação no jornal oficial, como condiciona a parte final do artigo 9.º-2 da Constituição, e reiterado pelo artigo 9.º-4 da Lei No. 6/2010.

⁽¹³⁴⁾ Cfr., por exemplo, artigo 11.º da Constituição indonésia de 1945; artigo 26.º da Constituição cambodjana de 1993; secção 190 da Constituição tailandesa de 1997.

⁽¹³⁵⁾ Cfr., por exemplo, artigo 47.º da CDC, artigo 84.º-1 da CVDT, artigo 10.º-1 da Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho.

⁽¹³⁶⁾ Vale a pena ressaltar a falta de notificação de depósito por parte de Timor-Leste às Nações Unidas em relação ao Protocolo Facultativo ao PIDCP, apesar de haver uma resolução do Parlamento Nacional sobre a sua ratificação (Resolução do Parlamento Nacional n.º 15/2003, de 30 de Julho). Não nos é possível identificar a causa desta discrepância. Atualmente, Timor-Leste não figura como um Estado parte do primeiro Protocolo Facultativo ao PIDCP e, assim, esta convenção internacional não é recebida no ordenamento jurídico nacional. Em relação à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, note-se que decorreram quase dez anos entre a data da ratificação pelo Parlamento Nacional e a data da aceitação do depósito de adesão ao tratado aos 8 de Janeiro de 2013 (ver Resolução do Parlamento Nacional N.º 5/2004, de 28 de Julho e Secretary General, ‘Depositary Notification (C.N.23.2013.TREATIES-XXIII.1)’ (United Nations, 10 April 2014).

Recorda-se que a publicação de um tratado é ordenada pelo Presidente da República, nos termos do artigo 85.º/a da Constituição.

3.2.2 O Costume Internacional

O costume internacional é uma resposta às necessidades da comunidade internacional assente no acolhimento de uma certa conduta habitual, por uma maioria representativa dos membros desta comunidade, com a convicção de que esta conduta possui um carácter obrigatório. Enquanto as normas convencionais são definidas através das provisões nos tratados ou convenções, possuindo, assim, regras bem definidas, os costumes são originários da conduta dos Estados. O costume é resolutamente um reflexo da natureza evolutiva do Direito internacional.

Em linhas gerais, o costume internacional refere-se a uma prática habitual dos Estados com a convicção de que tal prática se tornou obrigatória. O costume possui dois elementos: o elemento objetivo da prática habitual (ou o uso) e o elemento subjetivo da convicção da sua obrigatoriedade (o *opinio juris*).⁽¹³⁷⁾ O artigo 38.º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça é a fonte desta definição ao estabelecer que o costume é “a prova de uma prática geralmente aceite como sendo de Direito”.

Um exemplo de um costume internacional é a proibição da tortura. A prática reiterada da existência de uma proibição da tortura conjuntamente com uma opinião de que esta representa um dever legal, fez com que fosse considerada um costume internacional antes mesmo da positivação da proibição da tortura aquando da adoção da Convenção contra a Tortura em 1984.⁽¹³⁸⁾

Enquanto um tratado internacional é vinculativo somente para as suas partes, através da expressa vontade de se obrigarem às suas normas (instrumento de adesão ou de ratificação), uma norma consuetudinária não carece de tal consentimento específico expresso por cada um dos Estados. Como consequência da força jurídica dos costumes internacionais, todos os Estados são obriga-

⁽¹³⁷⁾ Cfr. Machado, *Direito Internacional: Do Paradigma Clássico Ao Pós-11 de Setembro* 2013, 111-116; Miranda, *Curso de Direito Internacional Público*, 2009, 45-49.

⁽¹³⁸⁾ Ver, por exemplo, Steven Ackerman, ‘Torture and Other Forms of Cruel and Unusual Punishment in International Law’, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 11 (1978): 661-667; Anthony D’Amato, ‘The Concept of Human Rights in International Law’, *Columbia Law Review* 82, no. 6 (1982): 1128-ss.

dos a seguir as normas consuetudinárias, incluindo aqueles que emergiram recentemente na arena internacional e não participaram de forma alguma na formação do costume, como é o caso de Timor-Leste.

A doutrina e os tribunais nacionais, regionais e internacionais debruçam-se periodicamente sobre a existência de normas consuetudinárias internacionais. É uma análise complexa e regularmente sujeita a opiniões diversas.⁽¹³⁹⁾ Alguns exemplos de como tribunais nacionais consideraram o direito internacional costumeiro servem como apoio nesta exploração.

Em 2004, o Tribunal Supremo da Argentina deparou-se com a questão de saber se o princípio de não-aplicação do limite temporário de prescrição em relação aos crimes de guerra e crimes contra a humanidade fazia parte do direito internacional consuetudinário. O tribunal chegou a uma resposta positiva ao considerar que, já entre 1974 e 1978, durante o período em que os crimes foram cometidos, o princípio da não-prescrição se encontrava ancorado como costume internacional⁽¹⁴⁰⁾. Com base nesta análise, o Tribunal identificou a existência de um conflito entre esta norma consuetudinária e a legislação nacional vigente. Como consequência da receção do Direito internacional no ordenamento interno argentino, o costume internacional prevalece sobre as leis. Desta forma, o tribunal Argentino considerou que as acusações criminais em relação aos crimes cometidos no período em apreço poderiam ser sustentadas.

Na Letónia, o Tribunal Constitucional considerou a existência de uma norma consuetudinária no dever de não reconhecer a aquisição de um território por via do uso da força⁽¹⁴¹⁾.

Em Timor-Leste, o Tribunal de Recurso já examinou a existência de uma norma consuetudinária internacional sobre a criminalização de crimes contra a humanidade em relação aos crimes ocorridos no território de Timor-Leste em 1999. Em 2004, o Tribunal de Recurso decidiu que a punição de um arguido

⁽¹³⁹⁾ Já em 1969, o Tribunal Internacional de Justiça discutiu com certo detalhe o processo analítico para determinar a existência dos dois elementos constitutivos do costume internacional no seu acórdão *North Sea Continental Shelf*, 73-81 (Tribunal Internacional de Justiça 1969). Ver, também, Machado, *Direito Internacional: do Paradigma Clássico Ao Pós-11 de Setembro* 2013, 110-127; Miranda, *Curso de Direito Internacional Público*, 2009, 45-49.

⁽¹⁴⁰⁾ Cfr. *Simón (Julio Héctor) v Procuradoria da República*, S. 1767. XXXVIII (Tribunal Constitucional da Argentina 2005).

⁽¹⁴¹⁾ *Border Treaty, Re, Kariņš and ors v Parliament of Latvia and Cabinet of Ministers of Latvia*, Constitutional Review (Constitutional Court of Latvia 2007).

por crimes contra a humanidade não violaria o princípio da legalidade relativo à criminalização e à punição (“*nullum crimen sine lege*” e “*nulla poena sine lege*”) pois já existia a tipificação deste crime como um princípio do Direito internacional quando as ações foram de facto cometidas⁽¹⁴²⁾. Entretanto, em 2010, apesar de ter confirmado que os crimes contra a humanidade fazem parte do direito consuetudinário internacional, o Tribunal de Recurso decidiu contrariamente à sua posição anterior, ao considerar que a falta de clareza sobre os elementos constitutivos e a punição deste crime gerava dúvidas sobre a legalidade do uso desta norma consuetudinária como tipificação material para a sua criminalização⁽¹⁴³⁾. Nesta ocasião, o Tribunal de Recurso posicionou-se no sentido de que, perante a inexistência de legislação nacional em vigor antes das ações consideradas criminosas, representava uma afronta ao princípio da legalidade procedeu à criminalização de condutas que tipificariam crimes contra a humanidade apenas a partir de uma norma de direito consuetudinário internacional.⁽¹⁴⁴⁾

No âmbito específico dos direitos humanos, o costume internacional é de particular relevância para:

- Identificar se as declarações e outros atos de *soft law* (ou normas específicas incluídas nestes) são costumes internacionais e, por consequência, possuem um valor legal vinculativo.⁽¹⁴⁵⁾

⁽¹⁴²⁾ Tribunal de Recurso, Acórdão de 14 de Setembro de 2004, Proc n.º P-20-CO-04-TR (2004). De maneira similar, *vide*, *Procurador Público v. João Sarmento e Domingos Mendonça, Acórdão da moção da defesa*, Caso No. 18a/2001, para. 29 (Tribunal Distrital Dili 2003).

⁽¹⁴³⁾ Tribunal de Recurso, Acórdão de 28 de Maio de 2010, Proc n.º 36/CO/2010/TR (2010).

⁽¹⁴⁴⁾ Sem debater o cerne desta questão, vale a pena notar que a posição do Tribunal de Recurso de Timor-Leste em 2010 sobre a legalidade dos crimes contra a humanidade e o direito internacional costumeiro diverge da posição tomada noutros países que tenham lidado com justiça transitória, incluindo o Camboja, a Bósnia e Herzegovina e a Argentina (Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, Case File 001/18-07-2007/ECCC/TC (KAING Guek Eav), 284-ss (2010); Court of Bosnia and Herzegovina — War Crimes Section, Prosecutor’s Office v. Simsic, Verdict, Case No. X-KRZ-05/04 (2007); Simón (Julio Héctor) v Procuraduría da República, S. 1767. XXXVIII (Tribunal Constitucional da Argentina 2005).

⁽¹⁴⁵⁾ Para uma reflexão sobre o conceito e o papel destes instrumentos internacionais, *vide*, Capítulo I, 3.2.3 Atos das Organizações Internacionais ou *Soft Law*.

- Identificar se uma norma prevista em um tratado internacional é uma norma consuetudinária, possuindo, desta forma, uma natureza obrigatória para todos os Estados, independentemente de estes serem parte deste tratado específico.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) foi adotada sob a forma de resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas e, formalmente, não possuía qualquer valor vinculativo quando da sua adoção em 1945, sendo considerada pela própria Organização das Nações Unidas como um *manifesto primordialmente de autoridade moral*⁽¹⁴⁶⁾. Porém, atualmente, considera-se que várias das normas contidas na DUDH atingiram uma posição de costume internacional. A proibição da discriminação com base na raça, a proibição da escravatura assim como a proibição da tortura são exemplos de padrões de direitos humanos da DUDH considerados como costume internacional (e também *jus cogens*, como veremos a seguir)⁽¹⁴⁷⁾. Ao mesmo tempo, encontramos outros direitos consagrados na DUDH que não representam uma norma consuetudinária, nomeadamente, o direito ao asilo, o direito a férias remuneradas, o direito de igualdade de género após a dissolução do casamento, o direito à propriedade privada, entre outros⁽¹⁴⁸⁾.

Quando se alega especificamente uma violação da DUDH, daí decorre a necessidade de analisar, com certa minuciosidade, se a norma em consideração atingiu uma posição de costume internacional, indagando-se acerca da existência dos dois elementos do costume internacional. Esta tarefa não é necessária quando a alegação da violação de direitos humanos assenta numa norma já prevista em um tratado internacional ratificado por Timor-Leste, em virtude da força vinculativa do tratado. Parece relevante sublinhar aqui que a DUDH é um documento de máxima importância na aplicação dos direitos fundamen-

⁽¹⁴⁶⁾ Ver, entre muitos, H. Lauterpacht, 'The Universal Declaration of Human Rights', *British Year Book of International Law* 25 (1948): 354; Jochen von Bernstorff, 'The Changing Fortunes of the Universal Declaration of Human Rights: Genesis and Symbolic Dimensions of the Turn to Rights in International Law', *European Journal of International Law* 19, no. 5 (2008): 902-924.

⁽¹⁴⁷⁾ Ver *Yearbook of the International Law Commission* Volume II, Part II (New York: United Nations Publications, 2001), 85.

⁽¹⁴⁸⁾ Ver, para uma análise geral da DUDH e o direito internacional costumeiro, Lauterpacht, 'The Universal Declaration of Human Rights'.

tais, servindo como instrumento de interpretação por força do artigo 23.º da Constituição.

Vários costumes internacionais acabam por ser codificados em tratados ou convenções. Isto significa uma conversão das regras consuetudinárias em regras escritas através do processo de positivação. A esta luz, parece-nos pertinente comentar que a codificação dos costumes internacionais implica sempre um risco de cristalização de seus conteúdos, perdendo consequentemente o carácter de adaptabilidade característico da regra consuetudinária. Por um outro lado, a positivação de norma consuetudinária permite não só a organização das normas de forma sistemática e coerente, mas também a diminuição de qualquer incerteza sobre a sua existência e conteúdo. Um exemplo particularmente instrutivo neste âmbito é a codificação da proibição da tortura na Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 1984, uma norma que já foi considerada um costume internacional.⁽¹⁴⁹⁾

Note-se que, para Timor-Leste, o facto de que já se tornou um Estado parte dos principais tratados internacionais de direitos humanos e possui uma constituição com uma gama de direitos fundamentais, as duas questões acima assinaladas não se mostram de grande relevância na prática⁽¹⁵⁰⁾.

3.2.3 Atos das Organizações Internacionais ou *Soft Law*

A elaboração crescente de recomendações, resoluções e declarações provenientes de diversos órgãos, entidades e organizações especializadas da O.N.U. e outras organizações internacionais de carácter universal ou regional ampliaram

⁽¹⁴⁹⁾ Cfr. Nota 139.

⁽¹⁵⁰⁾ Em meados de 2014, Timor-Leste ainda não tinha ratificado a Convenção Internacional para a Protecção de todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado nem a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. É certo que alguns aspetos da proibição do desaparecimento forçado já são considerados como parte do direito internacional consuetudinário, nomeadamente a criminalização de ações de desaparecimento forçado como crimes de guerra e como crimes contra a humanidade, podendo estes, estar sujeitos à jurisdição universal. Cfr. Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I: Rules (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), 240-243; Court of Bosnia and Herzegovina — War Crimes Section, Prosecutor's Office v. Simsic, Verdict, Case No. X-KRZ-05/04 (2007).

o objecto do debate em relação ao sistema de fontes do Direito internacional. Em paralelo com a adoção dos tratados, surgem, cada vez com maior frequência, formas de relacionamento internacional que se inscrevem no chamado *soft law*. *Soft law* ou Direito flexível é a designação atribuída aos instrumentos de regulação internacionais não juridicamente vinculantes.

É certo que ao nível do Direito internacional os Estados podem deparar-se perante situações complexas decorrentes de dificuldades em assumirem compromissos mais constringentes. Estas dificuldades têm, muitas vezes, a sua origem em incertezas científicas ou em questões de natureza política. Muitas vezes, a solução encontrada acaba por ser a regulamentação de comportamentos através de normas e regras sem valor jurídico obrigatório, mas que possuem a capacidade de fornecer algum grau de previsibilidade e expectativa sobre as condutas dos Estados para com os indivíduos. Esta linha de pensamento é bastante pertinente na área dos direitos humanos.

Por exemplo, a falta de apoio político de um número considerável de Estados relativamente à positivação dos direitos dos povos indígenas resultou na elaboração, em 2007, de uma declaração sem força jurídica — a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas⁽¹⁵¹⁾ — apesar da existência de um forte movimento dos povos indígenas e da sociedade civil para a elaboração de um instrumento vinculativo ao longo de mais de duas décadas.⁽¹⁵²⁾

⁽¹⁵¹⁾ *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, A/RES/61/295*, 2007. Para uma análise sobre esta declaração, ver, entre outros, Erica-Irene A Daes, 'The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Background and Appraisal', in *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, ed. Stephen Allen and Alexandra Xanthaki (Oxford: Hart, 2009), 11-41; Claire Charters, 'The Road to the Adoption of the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples', *New Zealand Yearbook of International Law* 4 (2007): 121; Megan Davis, 'Indigenous Struggles in Standard-Setting: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples', *Melbourne Journal of International Law* 9 (2008): 439.

⁽¹⁵²⁾ Para uma compreensão sobre o movimento dos direitos dos povos indígenas e a questão indígena no direito internacional, *vide*, Alexander Ewen, *Voice of Indigenous Peoples: Native People Address the United Nations*, 1st ed. (Santa Fe N.M.: Clear Light Pub., 1994); J. K. Das, *Human Rights and Indigenous Peoples* (APH Publishing, 2001). De forma muito breve, ressalta-se que a razão principal para a falta de um instrumento vinculativo no âmbito das Nações Unidas sobre esta matéria é a

A realidade é que estes instrumentos, que possuem uma função interpretativa e de carácter pragmático, revelam-se essenciais para a aplicação dos direitos humanos e são, deste modo, regularmente utilizados pelos tribunais e juristas nacionais e estrangeiros.

Não encontramos uma definição positivada universal do conceito de *soft law*. Porém, o Parlamento Europeu elaborou um estudo específico sobre o *soft law*, tendo-o definido como “normas de conduta enunciadas em instrumentos desprovidos de força jurídica obrigatória *per se*, mas que podem, todavia, produzir alguns efeitos jurídicos — indirectos — e cujo objetivo consiste potencialmente na produção de efeitos práticos”⁽¹⁵³⁾. Esta definição salienta-se dentre várias outras definições, pois considera tanto a força jurídica do *soft law* como os seus efeitos, com um enfoque particular no seu papel de apoio na aproximação do Direito teórico com o Direito em ação.

É certo que existe uma infinidade de atos das organizações internacionais, pelo que se torna necessário classificar os atos destas instituições na tentativa de identificar os que podem ser considerados como uma fonte do direito internacional não vinculativa na forma de *soft law*. Para tal, Jorge Miranda classifica os atos das organizações internacionais como atos internos ou externos; políticos, jurisdicionais ou administrativos; normativos ou não normativos; e de aplicação imediata ou posterior. Note-se que Jorge Miranda considera que somente os atos das organizações internacionais de natureza normativa representam o *soft law* como fonte não vinculativa no Direito internacional⁽¹⁵⁴⁾.

falta de consenso entre os Estados relativamente ao reconhecimento do direito à autodeterminação dos povos indígenas, nomeadamente quanto às garantias relacionadas com a propriedade coletiva e o uso dos recursos naturais da terra. Apesar de o sistema de proteção de direitos humanos das Nações Unidas não incluir um instrumento vinculativo sobre os direitos dos povos indígenas, no âmbito do sistema da Organização Internacional do Trabalho, a Convenção 169 sobre os Povos Indígenas e Tribais de 1989 reconhece um conjunto de direitos específicos aos povos indígenas. Esta foi até à data ratificada por apenas 22 Estados. Sobre a História do desenvolvimento desta Convenção, ver, Lee Swepston, ‘A New Step in the International Law on Indigenous and Tribal Peoples: ILO Convention No. 169 of 1989’, *Oklahoma City University Law Review* 15 (1990): 677-ss.

⁽¹⁵³⁾ Manuel Medina Ortega, *Documento de Trabalho Sobre as Implicações Institucionais E Jurídicas Do Recurso a Instrumentos Jurídicos Não Vinculativos (Soft Law)* (Comissão dos Assuntos Jurídicos do Parlamento Europeu, 2007).

⁽¹⁵⁴⁾ Miranda, *Curso de Direito Internacional Público*, 2009, 50.

Uma posição semelhante encontra-se, também, presente em uma parte da doutrina internacional.⁽¹⁵⁵⁾

Ora, se há uma posição generalizada que considera somente os atos das organizações internacionais de natureza normativa como fontes do Direito internacional, daí decorre a tarefa de examinar quais os atos das diferentes instituições das Nações Unidas relacionados com os direitos humanos que são de caráter normativo.

A esta luz, parece-nos que os principais atos das instituições das Nações Unidas que, no âmbito dos direitos humanos e tendo natureza normativa, podem ser considerados como uma fonte de Direito na forma de *soft law* são: declarações, diretrizes e princípios, comentários gerais aos tratados, decisões de comunicações contra Estados partes, observações finais aos relatórios periódicos e observações e recomendações dos procedimentos especiais do Conselho de Direitos Humanos.

- *Declarações de direitos humanos*: apesar de se mostrar difícil a sistematização do uso das declarações de direitos humanos dos diferentes órgãos e instituições das Nações Unidas, estes documentos normalmente possuem uma estrutura normativa bastante similar aos tratados internacionais e refletem sobre padrões específicos de direitos humanos ou sobre categorias ou grupos que carecem de proteção especial. As declarações podem reafirmar padrões já aceites em tratados, ou desenvolvem certos padrões positivados em tratados de forma geral ou com um certo grau de abstração, como por exemplo, a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres (1993)⁽¹⁵⁶⁾, a Declaração para a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação com base na Religião ou Crença (1981)⁽¹⁵⁷⁾ e a Declaração Universal para a Erradicação da Fome e Malnutrição (1974).⁽¹⁵⁸⁾

⁽¹⁵⁵⁾ Dinah Shelton, *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Reprint. (Oxford: Oxford University Press, 2003).

⁽¹⁵⁶⁾ Adotada pela Resolução da Assembleia Geral 48/104, de 20 de Dezembro de 1993.

⁽¹⁵⁷⁾ Adotada pela Resolução da Assembleia Geral 36/55, de 25 de Novembro de 1981.

⁽¹⁵⁸⁾ Adotada em 16 de Novembro 1974 pela Conferência Mundial da Alimentação, convocada pela Resolução da Assembleia Geral 3180 (XXVIII), de 17 de Dezem-

A positivação num documento não vinculativo é, por vezes, o resultado de uma falta de consenso internacional para a elaboração de um instrumento com força jurídica, como foi o caso da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas⁽¹⁵⁹⁾. As declarações podem também representar um primeiro passo no processo para a positivação em um tratado internacional, como foi o caso da Declaração sobre a Proteção de todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado de 1992 e a Convenção Internacional para a Proteção de todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado de 2006. Encontra-se, ainda, apesar de serem em menor proporção, declarações que utilizam uma linguagem de cunho político, muitas vezes seguidas de um documento programático, como é o caso das declarações e programas de ação de Viena e de Durban⁽¹⁶⁰⁾. A maioria das declarações são adotadas por resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas, porém, também se verifica a adoção de declarações por conferências mundiais intergovernamentais.

- *Diretrizes, Regras e Princípios*: estes exercem normalmente um papel normativo-pragmático com especial relevância na elaboração de políticas públicas, processos ou outras acções necessários para implementar, no âmbito nacional, os padrões de direitos humanos positivados no direito convencional. Como as Declarações, as diretrizes, regras e princípios podem desenvolver novos padrões ou reafirmar aqueles já existentes com o fim de dar uma resposta às imprecisões ou generalidades previstas na letra do direito convencional. Estes instrumentos de *soft law* podem ter a sua origem em diferentes eventos, órgãos ou instituições relacionados com as Nações Unidas, nomeadamente, conferências ou reuniões de peritos e representantes governamentais, resoluções da Assembleia Geral e resoluções do Conselho Económico e Social. As Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de

bro de 1973, e aprovada pela Resolução da Assembleia Geral 3348 (XXIX), de 17 de Dezembro de 1974.

⁽¹⁵⁹⁾ Cfr. nota de rodapé n. 153.

⁽¹⁶⁰⁾ Declaração e Programa de Ação de Viena, 1993; Declaração e Programa de Ação de Durban, A/CONF.189/12, 2001.

Beijing) (1985)⁽¹⁶¹⁾, os Princípios das Nações Unidas para Pessoas da Terceira Idade (1991)⁽¹⁶²⁾ e os Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei (1990)⁽¹⁶³⁾ refletem exemplos deste género de *soft law*.

- *Comentários Gerais*: estes são desenvolvidos pelos mecanismos de supervisão dos principais tratados internacionais de direitos humanos, os *Comités*⁽¹⁶⁴⁾. A sua função principal é servir como um instrumento de interpretação das normas previstas nos tratados. As competências dos Comités para o desenvolvimento destes instrumentos encontram-se previstas nos seus tratados constitutivos, como por exemplo, o artigo 40.º-4 do PIDCP⁽¹⁶⁵⁾ e o artigo 45.º/d da CDC.⁽¹⁶⁶⁾
- *Decisões de Comunicações contra Estados partes*: são mecanismos de supervisão dos tratados da competência de diferentes Comités e têm uma natureza *quasi-jurisdicional*. Analisam a existência de uma violação dos padrões de direitos humanos em casos individuais, a partir

⁽¹⁶¹⁾ Adotadas pela Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas n.º 40/33, de 29 de Novembro de 1985.

⁽¹⁶²⁾ Adotados pela Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas n.º 46/91, de 16 de Dezembro de 1991.

⁽¹⁶³⁾ Adotados pelo Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, que se realizou em Havana, Cuba, de 27 de Agosto a 7 de Setembro de 1990.

⁽¹⁶⁴⁾ Ver Jónatas Machado, *Direito Internacional: Do Paradigma Clássico Ao Pós-11 de Setembro*, 2013, 414; Manfred Nowak, *Introduction to the International Human Rights Regime* (Leiden / Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2003), 99. Para ter acesso a um número de Comentários Gerais dos Comités dos tratados internacionais das Nações Unidas relevantes para a contexto nacional traduzidos para Português e Tetum, ver Provedoria dos Direitos Humanos e Justiça, *Compilação Instrumentos de Direitos Humanos*, 2.ª edição (Dfli, Timor-Leste, 2014).

⁽¹⁶⁵⁾ O artigo 40.º-4 prevê: “O Comité estudará os relatórios apresentados pelos Estados Partes no presente Pacto, e dirigirá aos Estados Partes os seus próprios relatórios, *bem como todas as observações gerais que julgar apropriadas*” (itálico nosso).

⁽¹⁶⁶⁾ O artigo 45.º/d lê-se: “O Comité pode fazer *sugestões e recomendações de ordem geral* com base nas informações recebidas em aplicação dos artigos 44.º e 45.º da presente Convenção. Essas sugestões e recomendações de ordem geral são transmitidas aos Estados interessados e levadas ao conhecimento da Assembleia Geral, acompanhadas, se necessário, dos comentários dos Estados Partes”.

de comunicações, queixas ou reclamações submetidas por indivíduos ou outros Estados. Como previsto nos tratados, estas decisões são vertidas sob a forma de *opiniões* ou *recomendações*⁽¹⁶⁷⁾ originárias dos órgãos de supervisão convencionais. Apesar do indiscutível caráter de *soft law*, as recomendações elaboradas pelos Comitês, na sequência de comunicações contra os Estados partes, comportam uma expectativa de implementação, decorrente do consentimento expresso, por parte dos Estados partes, do dever de apreciar as opiniões e recomendações dos Comitês e de prestar informações acerca da implementação das recomendações, como previsto nas normas convencionais.⁽¹⁶⁸⁾

- *Observações finais aos relatórios periódicos dos tratados*: os Comitês que monitorizam a implementação dos diferentes tratados de direitos humanos elaboram observações como resposta aos relatórios periódicos submetidos pelos Estados partes⁽¹⁶⁹⁾. Estas observações identificam políticas, assim como outras ações de natureza administrativa ou jurídica, adequadas à implementação dos padrões de direitos humanos consagrados nos tratados.
- *Observações e recomendações dos procedimentos especiais do Conselho de Direitos Humanos*: os documentos emanados dos relatores especiais, grupos de trabalhos ou peritos estabelecidos através de resoluções de órgãos especializados das Nações Unidas, quando consideram o desenvolvimento de diferentes garantias dos padrões de direitos humanos, possuem o caráter normativo necessário para serem consi-

⁽¹⁶⁷⁾ Artigo 13.º-1 da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965) e artigo 7.º-3 do Protocolo Opcional à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1999).

⁽¹⁶⁸⁾ Como, por exemplo, o artigo 7.º-4 do Protocolo Opcional à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1999): “O Estado Parte apreciará devidamente as considerações e as eventuais recomendações emanadas do Comité, e apresentará, num prazo de seis meses, uma resposta escrita com indicação das medidas adoptadas”.

⁽¹⁶⁹⁾ Ver Guerra Martins, *Direito Internacional Dos Direitos Humanos*, 133-134; 136-137; 180-182; Alston and Crawford, *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring*, 21-22 e 50.

derados como fonte de Direito na forma de *soft law*.⁽¹⁷⁰⁾ Para além de servirem como um instrumento interpretativo, em alguns casos específicos, documentos elaborados pelos procedimentos especiais do Conselho de Direitos Humanos foram instrumentais para o desenvolvimento de declarações ou diretrizes em um assunto particular no âmbito dos direitos humanos, ou até mesmo para a elaboração de um tratado. Em inúmeras ocasiões, os documentos contendo as observações e recomendações dos procedimentos especiais representam a fonte principal para a elaboração de resoluções do Conselho de Direitos Humanos ou da Assembleia Geral que apelam aos Estados a implementação de certas ações para dar seguimento aos padrões de direitos humanos.⁽¹⁷¹⁾

Na doutrina internacional, considera-se os dois primeiros tipos enunciados em cima, como *soft law* primário, e os seguintes como *soft law* secundário. Este segundo tipo foi objeto recente de significativa expansão principalmente como resultado da proliferação de tratados internacionais dos direitos humanos e suas instituições de monitorização.

Estes instrumentos de *soft law* podem ser utilizados de várias formas: para o desenvolvimento de legislação, em decisões de tribunais e também em regulamentos criados por ações administrativas.

⁽¹⁷⁰⁾ Estes mecanismos podem também desempenhar funções de monitorização de condutas de Estados assim como podem receber queixas (Cfr. Oliveira, Silvia Menicucci de, 'Os peritos dos procedimentos especiais do sistema de direitos humanos das Nações Unidas seu status jurídico e outras questões pertinentes', in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vol. 100, jan.-dez., 2005, p. 604; Alston and Crawford, *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring*, 4-ss. Na implementação destas funções, parece difícil argumentar-se pela natureza normativa dos diferentes documentos. Assim, os documentos resultantes destas ações não teriam natureza de *soft law*, enquanto fonte não vinculante do Direito internacional, sendo documentos dotados principalmente de uma natureza política.

⁽¹⁷¹⁾ Por exemplo, a resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre o direito humano à água potável e ao saneamento básico (O.N.U., *Resolução Da Assembleia Geral*, 64/292, 2010.) que foi inspirado pelo relatório da perita independente Catarina de Albuquerque sobre este mesmo assunto (United Nations, *Report of the Independent Expert on the Issue of Human Rights Obligations Related to Access to Safe Drinking Water and Sanitation*, Catarina de Albuquerque.)

Encontramos hoje, em Timor-Leste, as condições ideais para assegurar o uso destas fontes de Direito internacional no processo de interpretação dos direitos fundamentais e das garantias, bem como no desenvolvimento do enquadramento legal para a sua implementação. A efetiva utilização destes instrumentos durante o período da resistência à ocupação indonésia, conjuntamente com a realidade jurídica normativa atual, que incorpora os principais tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico nacional, e com a utilização de normas convencionais como base para a redação de certas normas constitucionais representam os principais fatores que contribuem para uma condição favorável, em Timor-Leste, ao uso dos instrumentos de *soft law* das organizações internacionais. Um impulso decisivo neste sentido é demonstrado pelo uso recente destes instrumentos no desenvolvimento do ordenamento jurídico timorense, assim como nos acórdãos do Tribunal de Recurso.

A título de exemplo, encontra-se no preâmbulo do Currículo Nacional de Base do Primeiro e Segundo Ciclos do Ensino Básico o recurso à interpretação do direito à educação no âmbito internacional, identificando-se alguns dos elementos essenciais do direito à educação previstos no Comentário Geral ao Direito à Educação.⁽¹⁷²⁾

Ainda, o regime jurídico sobre o uso da força pela Polícia Nacional de Timor-Leste (PNTL) de 2011 é inspirado por dois instrumentos de *soft law*⁽¹⁷³⁾: os Princípios Básicos Sobre o Uso da Força e Armas de Fogo Pelos Funcionários Responsáveis Pela Aplicação da Lei⁽¹⁷⁴⁾ e o Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei⁽¹⁷⁵⁾.

Já em 2005, o Tribunal de Recurso reconheceu que a compreensão dos direitos fundamentais na ordem constitucional timorense envolve “uma dimensão supra-positiva e incorpora os padrões interpretativos internacionais”.⁽¹⁷⁶⁾

⁽¹⁷²⁾ Ver Decreto-Lei n.º 4/2015, de 14 de janeiro.

⁽¹⁷³⁾ Decreto-Lei n.º 43/2011, de 21 de Setembro (Regime Jurídico do Uso da Força).

⁽¹⁷⁴⁾ Adotado por consenso em 7 de Setembro de 1990, por ocasião do Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes.

⁽¹⁷⁵⁾ Adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, Resolução n.º 34/169, 17 de Dezembro de 1979.

⁽¹⁷⁶⁾ Tribunal de Recurso, Acórdão de 9 de Maio de 2005, Proc n.º 01/2005 (2005).

O Tribunal de Recurso fez referência a uma comunicação do Comité dos Direitos Humanos do PIDCP como apoio na interpretação da extensão da proteção dada pelo direito a um processo equitativo, em processos criminais, em quatro acórdãos, entre os anos 2010 e 2011 ⁽¹⁷⁷⁾. Nas instâncias judiciais de outros países, é também possível identificar o reconhecimento da importância do uso de instrumentos desta natureza. Exemplos particularmente instrutivos neste âmbito, incluem o uso dos comentários gerais sobre diferentes normas convencionais dos tratados internacionais de direitos humanos, bem como de outros instrumentos, para a interpretação dos direitos fundamentais no Nepal ⁽¹⁷⁸⁾, Indonésia ⁽¹⁷⁹⁾, Colômbia ⁽¹⁸⁰⁾ e Argentina ⁽¹⁸¹⁾.

Ressalta-se ainda que o relatório da Comissão de Acolhimento, Verdade e Reconciliação fez um uso substancial de vários instrumentos de direitos humanos de natureza não vinculativa, como os comentários gerais ⁽¹⁸²⁾, comunicações do Comité de Direitos Humanos ⁽¹⁸³⁾, observações finais a relatórios dos tratados de direitos humanos ⁽¹⁸⁴⁾, entre outros.

⁽¹⁷⁷⁾ Tribunal de Recurso, Acórdão de 3 de Agosto de 2010, Proc n.º 53/CO/10/TR, 17 (2010); (primeiro) Tribunal de Recurso, Acórdão de 24 de Fevereiro 2011, Proc n.º 12/CO/2011/TR, 9-10 (2011); Tribunal de Recurso, Acórdão de 16 de Junho de 2010, Proc. n. 30/CO/2010/TR, 10-11 (2010); Tribunal de Recurso, Acórdão de 28 de Junho de 2011, Proc n.º 38/CO/2011/TR, 29 (2011). A comunicação citada pelo Tribunal nestas instâncias foi a comunicação do Comité dos Direitos Humanos, *Yves Morael v. França* (1987). Neste acórdão, o Tribunal recorreu ao mesmo trecho da comunicação (“Embora o art. 14.º não explique o que significa ‘fair hearing’ num processo judicial, o conceito de processo equitativo no contexto do art. 14 deve ser interpretado como requerendo um número de condições, tal como igualdade de armas, respeito pelo princípio do contraditório, preclusão da *reformatio in pejus ex officio*, e processo célere”, para. 9.3).

⁽¹⁷⁸⁾ Cfr. *Rabindra Prasad Dhakal e Advocate Rajendra Prasad Dhakal e outros v Nepal e outros*, Acórdão No 7817 P, 169 (Tribunal Supremo do Nepal 2007).

⁽¹⁷⁹⁾ Cfr. *Sianturi (Edith Yunita) e outros v Indonesia*, Nos 2-3/PUU-V/2007 (Tribunal Constitucional da Indonésia 2007).

⁽¹⁸⁰⁾ Cfr. *Gallón Giraldo e outros*, Proc No C-370/2006 (Corte Constitucional Colombiana 2006).

⁽¹⁸¹⁾ *Simón (Julio Héctor) v Procuradoria da República*, Tribunal Constitucional da Argentina 2005, S. 1767. XXXVIII (Tribunal Constitucional da Argentina 2005).

⁽¹⁸²⁾ Cfr. CAVR, *Chega! Relatório Da Comissão de Acolhimento, Verdade E Reconciliação de Timor-Leste*, 2005, chap. 7.2.

⁽¹⁸³⁾ Cfr. *Ibid.*

⁽¹⁸⁴⁾ Cfr. *Ibid.*, chap. 7.4.

3.2.4 A Jurisprudência

Como já referido anteriormente, a jurisprudência é uma fonte de Direito secundária (ou mediata) no Direito internacional, o que não significa que se tenha adotado o sistema do precedente obrigatório. Enquanto fonte secundária, a jurisprudência possui um valor interpretativo de densificação e concretização dos princípios e das normas do direito internacional.

As decisões das instâncias judiciais internacionais, como a do Tribunal Internacional de Justiça e os tribunais regionais de direitos humanos (tal como o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos) possuem um valor vinculativo limitado ao caso *sub judice*. Deste modo, a decisão do tribunal deve ser cumprida pelas partes em disputa, porém, este dever de cumprimento não é estendido para outros Estados partes do tratado que institucionalizou a jurisdição do tribunal. Um exemplo especialmente instrutivo neste âmbito é o artigo 59.º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, segundo o qual, a “decisão do Tribunal [é] obrigatória para as partes litigantes e a respeito do caso em questão”.

Sobre a relevância da jurisprudência internacional, explica Jónatas Machado que “a proliferação de tribunais internacionais, a acumulação de decisões e a frequência com que os tribunais internacionais remetem para as decisões uns dos outros têm tornado especialmente importante a análise da jurisprudência para a determinação do modo como as normas jurídicas são interpretadas e aplicadas”⁽¹⁸⁵⁾. Ressalva ainda Jorge Miranda que “na ordem internacional, ainda mais do que na ordem interna, adquire crescente relevo aquilo a que se tem chamado a elaboração jurisprudencial do Direito, estimulada pelo confronto de diversas escolas e correntes jurisprudenciais”⁽¹⁸⁶⁾. Importa, todavia, sublinhar que as decisões judiciais são muitas vezes utilizadas como meios para a revelação da existência de normas consuetudinárias internacionais.

Os três tribunais regionais de direitos humanos são órgãos judiciais especializados. O Tribunal Internacional de Justiça, por sua vez, é diferente: sendo um órgão judicial estabelecido pela Carta das Nações Unidas, a sua jurisdição

⁽¹⁸⁵⁾ Machado, *Direito Internacional: Do Paradigma Clássico Ao Pós-11 de Setembro*, 133.

⁽¹⁸⁶⁾ Miranda, *Curso de Direito Internacional Público*, 2009, 51.

material relaciona-se com a aplicação do Direito internacional em geral, compreendendo também os tratados e acordos internacionais em todas as áreas, incluindo na área dos direitos humanos⁽¹⁸⁷⁾. Em virtude da existência de diversos tratados internacionais de direitos humanos e da incorporação de padrões de direitos humanos no direito costumeiro internacional e nos princípios gerais do Direito internacional, o Tribunal Internacional de Justiça já tratou de várias questões relacionadas com os direitos humanos. Entre elas, encontram-se a responsabilidade internacional dos Estados pelas violações das obrigações impostas por tratados internacionais de direitos humanos em situação de ocupação *de facto* de um certo território⁽¹⁸⁸⁾, a relação entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito humanitário⁽¹⁸⁹⁾ e a posição do direito à autodeterminação no ordenamento jurídico internacional.⁽¹⁹⁰⁾

É hoje um dado adquirido que a jurisprudência dos tribunais internacionais e regionais na área dos direitos humanos tende a aumentar, tanto em número, como em especificidade devido ao desenvolvimento do direito convencional dos direitos humanos.

A doutrina internacional intitula como “jurisprudência” as opiniões dos Comitês dos tratados internacionais de direitos humanos de natureza *quasi judicial* (as comunicações, como já exposto)⁽¹⁹¹⁾. Pode afirmar-se que a natureza da jurisprudência é determinada pelo envolvimento de uma instituição judicial. Assim, parece-nos que o uso do termo “jurisprudência” referindo-se a estes documentos de *soft law* representa uma distorção do conceito de jurisprudência e, por consequência, não será utilizado por nós neste sentido.

⁽¹⁸⁷⁾ Artigo 36.º-2 do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça.

⁽¹⁸⁸⁾ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, I.C.J. GL No 131 (Tribunal Internacional de Justiça 2004).

⁽¹⁸⁹⁾ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports No. 95 (Tribunal Internacional de Justiça 1996); *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, I.C.J. GL No 131 (Tribunal Internacional de Justiça 2004).

⁽¹⁹⁰⁾ *East Timor (Portugal v. Australia), Judgement*, I.C.J. Reports 1995 (Tribunal Internacional de Justiça 1995).

⁽¹⁹¹⁾ Ver, por exemplo, Alex Conte, Scott Davidson, and Richard Burchill, *Defining Civil and Political Rights: The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee* (Ashgate Publishing, 2004). É relevante notar que o próprio Comitê de Direitos Humanos do PIDCP denomina as suas opiniões de “jurisprudência”.

3.2.5 Os princípios gerais do Direito internacional

Os princípios gerais ou comuns são instrumentos importantes no Direito internacional pois possuem a capacidade de integrar as regras do Direito e prestam um auxílio significativo na tentativa de superar o caráter parcelar e fragmentado do Direito internacional, ao submeter as suas regras a critérios comuns de interpretação e aplicação⁽¹⁹²⁾. Gomes Canotilho e Vital Moreira definem os princípios gerais como aqueles “princípios fundamentais geralmente reconhecidos no direito interno dos Estados e que, em virtude da sua radicação generalizada na consciência jurídica das coletividades, acabam por adquirir um sentido normativo no plano do Direito internacional”⁽¹⁹³⁾. Jónatas Machado realça a “função metódico-hermenêutica dos princípios de direito internacional, quer na interpretação de todo o sistema jurídico, quer na integração das lacunas que nele se possam alojar”⁽¹⁹⁴⁾. Em geral, os princípios possuem um caráter subsidiário das fontes do Direito internacional e são utilizados como um instrumento interpretativo e para preencher lacunas normativas. Pode dizer-se, na prática, que os princípios asseguram que não acontecerá uma situação *non liquet*, no sistema do Direito internacional.

Os princípios podem relacionar-se com o Direito internacional em geral ou com um ramo específico do Direito internacional. Não é possível fornecer aqui uma lista exaustiva dos princípios gerais ou comuns. Os seguintes exemplos, entre muitos, servem como um recurso para compreender a função e o

⁽¹⁹²⁾ Cfr. Miranda, *Curso de Direito Internacional Público*, 2009, 117. Como se sabe, o caráter fragmentado do direito internacional é o resultado da não existência de uma hierarquia clara entre as diferentes fontes de Direito, da existência de diversas organizações competentes para elaborar normas jurídicas em diferentes áreas especializadas e da falta de um tribunal internacional que possa tomar decisões com caráter obrigatório para todos os Estados. Sobre este assunto, Henrique Weil Afonso, “Unidade e Fragmentação do Direito Internacional: O Papel dos Direitos Humanos como Elemento Unificador,” *Revista Eletrônica de Direito Internacional* vol. 4 (2009): 53-90; General Assembly, *Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission (A/CN.4/L.682, April 13, 2006)*.

⁽¹⁹³⁾ Cfr. Gomes Canotilho e Moreira, *Constituição Da República Portuguesa Anotada*, 2007, I (Artigo 1.º a 107.º):254-255.

⁽¹⁹⁴⁾ Machado, *Direito Internacional: Do Paradigma Clássico Ao Pós-11 de Setembro*, 132.

alcance dos princípios. Destacamos a proteção dos direitos humanos, a continuidade dos Estados, a igualdade soberana dos Estados, o *pacta sunt servanda*, a prescrição liberatória das extinções das obrigações, o cumprimento em boa-fé das obrigações contraídas e o princípio da reparação integral. Vale a pena referir que alguns destes princípios são suscetíveis de aplicação somente nas relações inter-Estatais, como é o caso da não-ingerência nos assuntos internos dos Estados, enquanto outros penetram de uma forma mais nítida no ordenamento jurídico interno, por exemplo, o princípio da igual dignidade humana de todos os homens e mulheres.

Como estes princípios não são necessariamente positivados em instrumentos de Direito internacional, a sua identificação é fortemente ancorada na jurisprudência de tribunais internacionais e nacionais, assim como na doutrina internacional⁽¹⁹⁵⁾. Estes princípios podem também estar previstos no texto constitucional dos Estados, como é o caso de Timor-Leste, que identifica no artigo 8.º da Constituição alguns dos princípios gerais do Direito internacional, nomeadamente, o direito dos povos à autodeterminação, a soberania permanente dos povos sobre as suas riquezas e recursos naturais, o respeito mútuo pela soberania, a integridade territorial, a igualdade entre Estados, a não-ingerência nos assuntos internos dos Estados e a solução pacífica de conflitos.

Como parte integrante dos princípios gerais do Direito internacional, encontramos o *jus cogens*, à letra significando o *Direito cogente, constringente* ou *imperativo*. A doutrina considera que o *jus cogens* possui uma estreita ligação com a fundamentalidade do sistema do direito internacional e com uma raiz jusnaturalista do Direito internacional⁽¹⁹⁶⁾. O artigo 53.º da Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados marcou um ponto importante na existência do *jus cogens* e, desta forma, serve como orientação para a conceptualização deste princípio geral do direito internacional. De acordo com este preceito, o *jus cogens*

⁽¹⁹⁵⁾ Sobre este assunto, ver Machado, *Direito Internacional: Do Paradigma Clássico Ao Pós-11 de Setembro*, 127-132; Miranda, *Curso de Direito Internacional Público*, 2009, 117-118.

⁽¹⁹⁶⁾ A doutrina sobre esta matéria é abundante. Ver, Eduardo Baptista, *Jus Cogens Em Direito Internacional* (Lisboa: Lex, 1997); Miranda, *Curso de Direito Internacional Público*, 2009, 119-ss; Joaquim Cunha, *Manual de Direito Internacional Público*, 2. ed. (Coimbra: Almedina, 2004), 189-191; Lauri Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status* (Finnish Lawyers' Publisher, 1988); Mark W Janis, 'Nature of Jus Cogens', *Connecticut Journal of International Law* 3 (1988 1987): 359.

é “uma norma aceite e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu todo como norma cuja derrogação não é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral com a mesma natureza”.

Observa-se que, à semelhança das normas costumeiras, o *jus cogens* representa princípios que se encontram fora do âmbito da vontade expressa pelos Estados. A importância do *jus cogens* é, de certa forma, o resultado da forte conotação ética do seu conteúdo, na medida em que tende a determinar um conjunto de valores que se encontram acima do próprio poder estatal.

Com base no disposto acima, Jorge Miranda resume, desta forma, como as principais características do *jus cogens* o seguinte:

- a) O *jus cogens* faz parte do Direito internacional geral ou comum;
- b) O *jus cogens* pressupõe aceitação e reconhecimento;
- c) O *jus cogens* tem de ser aceite e reconhecido pela comunidade internacional no seu conjunto, o que significa que tem de ser universal, não podendo haver um *jus cogens* regional;
- d) O *jus cogens* possui força jurídica superior a qualquer outro princípio ou preceito do Direito internacional;
- e) O *jus cogens* opera *erga omnes*;
- f) A violação do *jus cogens* envolve a invalidade de norma contrária, e não simplesmente responsabilidade internacional;
- g) O *jus cogens* é evolutivo e suscetível de transformação e de enriquecimento pelo aditamento de novas normas”.⁽¹⁹⁷⁾

Existe, como se vê, uma força de superioridade do *jus cogens*. Por consequência, este tópico suscita uma intensa reflexão na doutrina sobre o Direito internacional. Uma questão de grande complexidade que se discute neste contexto é a de saber quais as normas do Direito internacional que ocupam a posição de *jus cogens*.

Jorge Miranda propõe, a partir de um estudo doutrinal e jurisprudencial, os seguintes princípios de *jus cogens*⁽¹⁹⁸⁾ “atinentes à pessoa humana: princípio da igual dignidade de todos os homens e mulheres; princípio da proibição da esca-

⁽¹⁹⁷⁾ Miranda, *Curso de Direito Internacional Público*, 2012, 121.

⁽¹⁹⁸⁾ Uma lista de normas consideradas como *jus cogens* encontra-se em Miranda, *Curso de Direito Internacional Público*, 2009, 125-126.

vatura, do tráfico de seres humanos e de práticas semelhantes; princípio da proibição do racismo; princípio da proteção das vítimas de guerras e conflito; princípio da garantia dos direitos ‘inderrogáveis’ enunciados no art. 4.º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁽¹⁹⁹⁾. Refira-se que Jorge Miranda não incluiu o princípio da autodeterminação na sua lista de *jus cogens*, porém, muitos na doutrina internacional fazem-no⁽²⁰⁰⁾. Outros princípios do *jus cogens* relevantes para os direitos humanos incluem o princípio da responsabilidade por atos ilícitos, o princípio *pacta sunt servanda* (“os acordos devem ser respeitados”), o princípio da legítima defesa contra agressão e o princípio da não utilização da força. A propósito deste assunto, Jónatas Machado reflete ainda sobre a relação entre o *jus cogens* e os direitos humanos e a consideração de certos princípios e padrões de direitos humanos como *jus cogens*⁽²⁰¹⁾.

O papel do *jus cogens* é, sem dúvida, de grande importância para o sistema de Direito internacional. Com a sua existência, estabelece-se uma situação em que toda a comunidade internacional tem o dever de respeitar estes princípios, independentemente de certos membros serem ou não Estados parte de tratados internacionais de direitos humanos, e independentemente do sistema político e jurídico interno dos Estados. Como veremos, a posição generalizada é de que o *jus cogens* possui um carácter supra-constitucional.

Pode enquadrar-se grande parte da História de Timor-Leste durante a ocupação da Indonésia através de uma análise de *jus cogens*. O princípio da não utilização da força e o princípio da autodeterminação, ambos identificados como *jus cogens*, haveriam sido violados pela Indonésia durante a ocupação de

⁽¹⁹⁹⁾ Miranda, *Curso de Direito Internacional Público*, 2012, 124. Quanto aos direitos “inderrogáveis”, trata-se de um núcleo de garantias de direitos humanos que não podem ser suspensas. O artigo 4.º do PIDCP menciona um número de direitos, nomeadamente o direito à vida, integridade física e moral das pessoas, liberdade de pensamento, consciência e religião, não-retroactividade da lei penal. *Vide* Capítulo IV, 3. Suspensão do Exercícios dos Direitos Fundamentais.

⁽²⁰⁰⁾ Sobre a posição do princípio e direito à autodeterminação no Direito internacional, ver, Antonio Cassese, *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal* (Cambridge University Press, 1999), 133-ss. Ver, também, *Yearbook of the International Law Commission 1966, Volume II* (New York: United Nations, 1967), 247-ss.

⁽²⁰¹⁾ Machado, *Direito Internacional: Do Paradigma Clássico Ao Pós-11 de Setembro*, 141-143. Mais sobre este assunto, ver, Andrea Bianchi, “Human Rights and the Magic of Jus Cogens,” *European Journal of International Law* 19, no. 3 (June 1, 2008): 491-508.

Timor-Leste⁽²⁰²⁾. O facto de que o *jus cogens* representa obrigações *erga omnes* significaria a existência de um dever jurídico-internacional de cada Estado membro da comunidade internacional de garantir a autodeterminação do povo timorense.⁽²⁰³⁾

A realidade encarada por Timor-Leste ao nível internacional, assim como a experiência vivida por vários outros povos e Estados, mostra uma distância entre a teoria e a prática, em que violações claras do Direito internacional são ignoradas. Frequentemente, a inação da comunidade internacional perante sérios atentados contra o Direito internacional, como violações do *jus cogens*, é uma resposta à geopolítica internacional relevante, incluindo questões de cunho económico.⁽²⁰⁴⁾

4. RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNO E O DIREITO INTERNACIONAL

Como já referido, o Direito internacional dos direitos humanos consiste, na sua essência, na regulamentação do tratamento do Estado para com as pessoas sob a sua jurisdição. Como tal, este é um ramo do Direito que trespassa o nível nacional. Para tal, torna-se fundamental compreender a relação entre o direito internacional e o direito interno (ou direito nacional).⁽²⁰⁵⁾ Duas questões

⁽²⁰²⁾ Ver, L. Hannikainen, 'The Case of East Timor from the Perspective of Jus Cogens', in *International Law and the Question of East Timor* (London, 1995), 103-117.

⁽²⁰³⁾ Uma das opiniões dissidentes na decisão do Tribunal Internacional de Justiça de 1995 entre Portugal e Austrália considerou este aspeto do direito à autodeterminação (*East Timor (Portugal v. Australia), Judgement, I.C.J. Reports No. 90 (1995)*) (Tribunal Internacional de Justiça 1995), *dissenting opinion of Judge Weeramantry*.

⁽²⁰⁴⁾ Para uma discussão sobre estas e outras questões, ver, José Manuel Pureza, 'Quem Salvou Timor-Leste? Novas Referências Para O Internacionalismo Solidário', in *Reconhecer Para Libertar: Os Caminhos Do Cosmopolitismo Multicultural* (Civilização Brasileira, 2003); Patrícia Galvão Teles, 'Autodeterminação Em Timor-Leste: Dos Acordos de Nova Iorque À Consulta Popular de 30 de Agosto de 1999', *Documentação E Direito Comparado*, no. 79/80 (1999): 381-ss.

⁽²⁰⁵⁾ Muitos autores na doutrina portuguesa se debruçaram sobre esta questão. Ver, por exemplo, Machado, *Direito Internacional: Do Paradigma Clássico Ao Pós-11 de Setembro*, 144-ss; Gomes Canotilho, *Direito Constitucional E Teoria Da Constituição*, 819-ss; Gomes Canotilho e Moreira, *Constituição Da República Portuguesa Anotada*,

principais encontram-se no núcleo da relação destes dois ordenamentos jurídicos: a técnica para a vigência do Direito internacional no ordenamento jurídico interno e a sua posição no sistema de fontes de Direito ao nível nacional. A vigência do Direito internacional refere-se às regras procedimentais necessárias para a aplicação deste ramo do Direito no ordenamento jurídico interno de um Estado. A posição do Direito internacional relaciona-se com a determinação do lugar que as fontes do Direito internacional ocupam na hierarquia das fontes de Direito ao nível nacional, analisando se estas possuem um valor supra constitucional, constitucional, infraconstitucional e ainda supra legal, legal ou infra legal.

A Constituição timorense, seguindo a linha das constituições mais modernas⁽²⁰⁶⁾, prevê uma norma específica — o artigo 9.º — que trata da relação entre o Direito internacional e o Direito interno.

Artigo 9.º ***(Recepção do direito internacional)***

1. A ordem jurídica timorense adopta os princípios de direito internacional geral ou comum.
2. As normas constantes de convenções, tratados e acordos internacionais vigoram na ordem jurídica interna mediante aprovação, ratificação ou adesão pelos respectivos órgãos competentes e depois de publicadas no jornal oficial.
3. São inválidas todas as normas das leis contrárias às disposições das convenções, tratados e acordos internacionais recebidos na ordem jurídica interna timorense.

Por força do artigo 9.º, é estabelecido um regime de *recepção plena* do direito internacional geral e das normas constantes das convenções, tratados e acordos internacionais, refletindo o *princípio da abertura internacional* da Constituição timorense. Com base neste, estas fontes do Direito internacional são recebidas

2007, I (Artigo 1.º a 107.º):251-ss; Miranda, *Curso de Direito Internacional Público*, 2009, 135-ss; Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, 2. ed., Tomo I (Coimbra: Coimbra Editora, 2010), 159-ss.

⁽²⁰⁶⁾ Ver, sobre este assunto, Miranda, *Curso de Direito Internacional Público*, 2009, 141-144.

em Timor-Leste sem precisarem de estar sujeitas a um processo de transformação para possuírem aplicabilidade no ordenamento jurídico interno.

O Tribunal de Recurso em 2005 resumiu sabiamente alguns dos aspetos da relação entre o direito interno e o direito internacional:

“(a) Que a Constituição de Timor-Leste acolhe na ordem jurídica interna os princípios do direito internacional geral e confere força supra-legal às normas constantes dos tratados e acordos internacionais regularmente aprovados pelas autoridades timorenses competentes, incluindo o direito internacional dos direitos humanos; (b) que a compreensão dos direitos fundamentais na ordem constitucional timorense envolve uma dimensão supra-positiva e incorpora os padrões interpretativos internacionais (...); (c) que do rol dos direitos fundamentais fazem parte, além dos mencionados na Constituição como tais, também “quaisquer outros constantes da lei”, e (d) que devem ser interpretados em consonância com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.”⁽²⁰⁷⁾

Este trecho de um acórdão do mais alto tribunal de Timor-Leste clarifica o entendimento deste tribunal no que respeita a algumas das principais questões sobre a receção do direito internacional no ordenamento interno. Observa-se que os dois últimos pontos, sobre a abertura do sistema e a função interpretativa da DUDH, são tratados no Capítulo III deste Livro.

4.1 Receção do Direito Internacional Geral ou Comum

O artigo 9.º-1 da Constituição timorense prevê a adoção dos princípios de direito internacional geral ou comum na ordem jurídica interna. Dentro do Direito internacional geral ou comum encontramos os princípios gerais, incluindo o *jus cogens*, e os costumes internacionais.⁽²⁰⁸⁾

Os princípios de Direito internacional geral ou comum recebidos na ordem jurídica interna detêm o mesmo conteúdo e alcance que possuem no sistema de Direito internacional.

⁽²⁰⁷⁾ Tribunal de Recurso, Acórdão de 9 de Maio de 2005, Proc n.º 01/2005, 2 (2005), 2.

⁽²⁰⁸⁾ Vide Capítulo I, 3.2.5 Os princípios gerais do Direito internacional e 3.2.2 O Costume Internacional.

Por força do artigo 9.º-1 da Constituição, a aplicação dos princípios de Direito internacional geral no ordenamento jurídico nacional é sujeita a uma *recepção automática plena*⁽²⁰⁹⁾, segundo a qual a eficácia interna daqueles princípios não é condicionada por qualquer processo específico, sendo necessária somente a sua validade jurídica internacional. Em Timor-Leste, não é prescrita a observância de regras ou formas constitucionais específicas para a vinculação estatal aos princípios do Direito internacional, como acontece no caso do direito convencional que requer processos de aprovação, ratificação e publicação.

O artigo 9.º não estabelece a posição dos princípios de Direito internacional no ordenamento jurídico timorense. Observa-se ainda que o Tribunal de Recurso, no acórdão de 2005 supracitado, não expressou uma opinião sobre esta questão. Desta forma, questiona-se a posição daqueles princípios no ordenamento jurídico nacional: assumiriam os princípios do Direito internacional geral ou comum um valor supraconstitucional, constitucional, infraconstitucional e supra legal, legal ou infra legal? Com a falta de uma postura dos tribunais ou opinião da doutrina sobre este assunto, recorre-se à assistência do Direito comparado numa tentativa de identificar a posição que os princípios de Direito internacional geral ou comum ocupam em Timor-Leste.

A Constituição portuguesa, análoga à Lei Fundamental timorense, não possui uma norma constitucional que regule a posição dos princípios de Direito internacional no ordenamento jurídico português. A principal tendência doutrinária em Portugal, partilhada por Vital Moreira e Gomes Canotilho, Jónatas Machado e Jorge Miranda, é dar uma resposta a esta questão através de um sistema relativista ou qualificado, em que a posição dos princípios de Direito internacional no ordenamento jurídico português é determinada pela natureza do princípio em questão⁽²¹⁰⁾. Desta forma, é possível identificar uma “regra

⁽²⁰⁹⁾ Observa-se, no entanto, que na doutrina portuguesa existem variações terminológicas para o tipo de recepção dada pelo artigo 9.º-1 da CRDTL, como salientado por Marta Chantal da Cunha Machado Ribeiro, ‘O Direito Internacional, O Direito Comunitário E a Nossa Constituição — Que Rumo?’, in *Estudos Em Comemoração: Dos Cinco Anos (1995-2000) Da Faculdade de Direito Da Universidade Do Porto*, ed. Ana Prata (Coimbra: Coimbra Editora, 2001), 941-942.

⁽²¹⁰⁾ Machado, *Direito Internacional: Do Paradigma Clássico Ao Pós-11 de Setembro*, 179-181; Miranda, *Curso de Direito Internacional Público*, 2009, 152-155; Gomes Canotilho e Moreira, *Constituição Da República Portuguesa Anotada*, 2007, I (Artigo 1.º

geral” de uma posição infraconstitucional e supra legal dos princípios de Direito internacional no ordenamento jurídico português. Esta “regra geral” possui uma marcante exceção: os princípios de Direito internacional que correspondam ao *jus cogens* seriam supra constitucionais, visto que se relacionam com normas imperativas estruturantes da comunidade internacional e, desta forma, devem sobrepor-se à constituição de qualquer Estado.⁽²¹¹⁾

Em Timor-Leste, mostra-se possível a adoção de uma posição infraconstitucional dos princípios de Direito internacional geral ou comum. Não aparenta haver em Timor-Leste uma razão para divergir da tendência portuguesa que considera uma posição infraconstitucional dos princípios de Direito internacional geral ou comum, à exceção daqueles que representam *jus cogens*. Reconhece-se, no entanto, que esta questão ainda está longe de estar totalmente resolvida no direito interno português e brasileiro, por exemplo.

Apesar das dificuldades de conceptualização do *jus cogens*, questão já analisada acima, partilhamos da opinião de prover-lhe uma posição supra constitucional. Visto que Timor-Leste tem uma grande abertura ao Direito internacional, não nos parece existir uma justificação para argumentar um posicionamento do *jus cogens* que esteja em conflito com a sua própria natureza e conceito no Direito internacional.

É ainda importante salientar aqui uma peculiaridade do texto constitucional timorense sobre a receção do Direito internacional geral ou comum em

a 107.º):251-273. Uma pequena parte da doutrina portuguesa atribui uma posição supraconstitucional a todos os princípios de Direito internacional geral ou comum, como é o caso de André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.ª ed. (Coimbra: Almedina, 1997), 115-ss; Marta Chantal da Cunha Machado Ribeiro, ‘O Direito Internacional, O Direito Comunitário E a Nossa Constituição — Que Rumo?’, in *Estudos Em Comemoração: Dos Cinco Anos (1995-2000) Da Faculdade de Direito Da Universidade Do Porto*, ed. Ana Prata (Coimbra: Coimbra Editora, 2001), 952-ss. Para uma visão histórica sobre os debates doutrinários relativos à relevância do direito internacional na ordem jurídica interna portuguesa, *vide*, Pereira e Quadros, *Manual de Direito Internacional Público*, 1997, 106-115.

⁽²¹¹⁾ Observa-se que Jorge Miranda considera ainda uma segunda exceção ao considerar que os princípios incluídos na DUDH que não sejam *jus cogens* teriam um valor constitucional como resultado da existência de uma receção formal da DUDH no ordenamento jurídico (Miranda, *Curso de Direito Internacional Público*, 2009), 153. Como será notado no próximo Capítulo, em Timor-Leste a DUDH tem somente um papel interpretativo.

comparação com as constituições dos outros países da língua portuguesa. Nas Constituições de Angola e Cabo Verde, por exemplo, faz-se menção à adoção do « direito internacional geral ou comum » sem identificar os seus elementos, compreendendo então a adoção de todos os principais aspetos do Direito Internacional ⁽²¹²⁾. De forma diferente, a Constituição portuguesa e a são-tomense estabelecem que «as normas» e «os princípios» do Direito Internacional integram o Direito interno ⁽²¹³⁾. As normas do Direito Internacional geral ou comum são representadas principalmente pelos costumes internacionais, enquanto os princípios de Direito Internacional geral ou comum incluem o *jus cogens* e os princípios gerais.

A uma primeira vista, como consequência da redação do artigo 9.º da Constituição timorense, Timor-Leste parece não adotar no ordenamento interno os costumes internacionais. Porém, como já mencionado anteriormente, os costumes são uma fonte do Direito internacional de aplicação geral, e com isto possuem uma força vinculante para todos os Estados da comunidade internacional. O uso de uma interpretação literal do artigo 9.º, excluindo os costumes internacionais do regime de receção de Direito internacional no ordenamento interno, representaria uma verdadeira limitação à receção geral plena do Direito internacional prevista constitucionalmente. Parece-nos que a abertura ao Direito internacional prevista na Constituição requer que a expressão “princípios de Direito internacional geral ou comum” contida no artigo 9.º-1 seja interpretada em um sentido amplo, correspondendo a uma receção dos princípios em seu sentido estrito e das normas do Direito internacional geral ou comum.

Para Timor-Leste, que ainda não possui um ordenamento jurídico completo e adaptado à sua realidade institucional e sociocultural, a receção dos princípios do Direito internacional geral ou comum pode ser um instrumento de grande valia para o juiz quando da aplicação das leis. O Tribunal de Recurso já examinou e fez uso de vários dos princípios do Direito internacional, como por exemplo, a norma consuetudinária da criminalização de crime contra a humanidade ⁽²¹⁴⁾, o princípio do abuso de direito ⁽²¹⁵⁾ e o princípio da justiça material ⁽²¹⁶⁾.

⁽²¹²⁾ Cfr. Artigo 13.º e artigo 12.º, respetivamente.

⁽²¹³⁾ Cfr. Artigo 8.º e artigo 13.º, respetivamente.

⁽²¹⁴⁾ Tribunal de Recurso, Acórdão de 14 de Setembro de 2004, Proc n.º P/28/CO/04/TR (2004); Tribunal de Recurso, Acórdão de 28 de Maio de 2010, Proc. n.º 36/CO/2010/TR (2010).

Ressalta-se ainda que aqueles princípios de Direito internacional previstos no artigo 8.º da Constituição timorense são certamente constitucionais. A constitucionalidade destes não é, porém, uma consequência da receção do Direito internacional, mas sim o resultado da sua inclusão em uma norma constitucional.

4.2 Receção do Direito Convencional

A abertura da Constituição ao Direito internacional estende-se à receção das normas do direito convencional.

Prevista no artigo 9.º-2, a receção dada pela Constituição timorense é uma *receção geral plena*⁽²¹⁷⁾, segundo a qual, as normas contidas nos tratados dos quais Timor-Leste é parte possuem eficácia no ordenamento interno, após a sua publicação no jornal oficial⁽²¹⁸⁾. Porém, é importante relembrar que, para a receção de um tratado no ordenamento jurídico interno, Timor-Leste deve estar vinculado ao tratado a nível internacional e já deve ter concluído tanto os passos processuais exigidos pelo tratado para se tornar um Estado parte, como aqueles previstos na sua própria Constituição.⁽²¹⁹⁾

Refira-se que, no seu artigo 9.º, a Constituição escolheu uma redação que enumera diferentes categorias de acordo internacional (acordo compreendido em seu sentido amplo), nomeadamente, convenções, tratados e acordos internacionais. Utilizamos aqui, assim como anteriormente, o termo *lato* de tratado internacional. Os tratados internacionais de direitos humanos, quer sejam denominados por *convenção* ou *pacto*, são recebidos na ordem interna através deste preceito constitucional.

⁽²¹⁵⁾ Tribunal de Recurso, Acórdão de 19 de Março de 2010, Proc n.º 02/PC/10/TR, 11-14 (2010).

⁽²¹⁶⁾ Tribunal de Recurso, Acórdão de 10 de Junho de 2010, Proc n. 02/CIV/10/TR, 3-4 (2010).

⁽²¹⁷⁾ Como já mencionado *supra*, na doutrina portuguesa diversos termos são utilizados para conceptualizar a receção do direito convencional. Jónatas Machado, por exemplo, utiliza o termo “receção automática plena” para a receção dos princípios do Direito internacional e do Direito convencional internacional. Cfr. Machado, *Direito Internacional: Do Paradigma Clássico Ao Pós-11 de Setembro*, 171-172.

⁽²¹⁸⁾ Este processo já se encontra regulado pela Lei n.º 6/2010, de 12 de Maio (sobre Tratados Internacionais).

⁽²¹⁹⁾ Ver, Capítulo I, 3.2.1 Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Vale ainda destacar aqui que a legislação atual de Timor-Leste utiliza o termo tratado em sentido amplo, incluindo os acordos, convenções e tratados no *stricto sensu*.⁽²²⁰⁾

A receção do direito convencional traz consigo a utilização dos instrumentos interpretativos (instrumentos de *soft law*) relevantes para os tratados dos quais Timor-Leste é um Estado parte⁽²²¹⁾. Este aspeto foi já considerado pelo Tribunal de Recurso segundo o qual “a compreensão dos direitos fundamentais na ordem constitucional timorense envolve uma dimensão supra positiva e incorpora os padrões interpretativos internacionais”.⁽²²²⁾

O texto da Constituição revela-se claro no que respeita à *posição dos tratados internacionais* em relação às leis nacionais. Os tratados internacionais possuem uma posição supra legal por força do artigo 9.º-3 da Constituição, o qual condiciona a validade das leis ordinárias à sua conformidade com o direito convencional. O Tribunal de Recurso, em 2005, expressou a sua opinião neste mesmo sentido⁽²²³⁾. Uma posição de supra legalidade do direito convencional é encontrada na maioria das constituições dos países da língua portuguesa, com a exceção de Moçambique, que determina uma posição do direito internacional em paridade com as leis nacionais.⁽²²⁴⁾

Porém, questionamos, ainda, qual é a posição do direito convencional perante a Constituição de Timor-Leste?

É certo que a Constituição de Timor-Leste não prevê, direta e expressamente, a posição do direito convencional *vis-a-vis* a própria constituição. É também válido apontar que a Constituição portuguesa⁽²²⁵⁾, assim como as Constituições de Cabo Verde⁽²²⁶⁾, de São Tomé e Príncipe⁽²²⁷⁾ e de

⁽²²⁰⁾ Cfr. Artigo 2.º-2 Lei n.º 6/2010, de 12 de Maio.

⁽²²¹⁾ Cfr. Capítulo I, 3.2.3 Atos das Organizações Internacionais ou *Soft Law*.

⁽²²²⁾ Tribunal de Recurso, Acórdão de 9 de Maio de 2005, Proc n.º 01/2005, 2 (2005), 2.

⁽²²³⁾ Ibid.

⁽²²⁴⁾ Artigo 18.º-2 da Constituição moçambicana. Nota-se que a Constituição da guineense não contém norma constitucional alguma que verse sobre a receção do direito internacional no ordenamento nacional.

⁽²²⁵⁾ Artigos 277.º-2; 278.º-1; 279.º-1 e 4 e 280.º-3 Constituição da República Portuguesa de 1976.

⁽²²⁶⁾ Artigos 277.º e 278.º Constituição da República de Cabo Verde.

⁽²²⁷⁾ Artigos 144.º-2; 145.º-1 e 146.º da Constituição de São Tomé e Príncipe.

Angola⁽²²⁸⁾ determinam, em seus preceitos normativos, que as normas convencionais internacionais são sujeitas ao processo de fiscalização de constitucionalidade, apontando, por consequência, para a existência, com um certo grau de clareza, de uma posição infraconstitucional do direito convencional. A doutrina portuguesa, em larga medida, partilha da posição de que as normas internacionais convencionais possuem um valor infraconstitucional, mas supralegal.⁽²²⁹⁾

As normas da Lei Fundamental timorense sobre a fiscalização da constitucionalidade não mencionam expressamente a sujeição do direito convencional ao processo de fiscalização, preferindo utilizar uma linguagem mais abrangente ao determinar a apreciação preventiva de “qualquer diploma” que tenha sido enviado ao Presidente da República para a promulgação (artigo 149.º-1) e a fiscalização concreta de constitucionalidade quando da aplicação ou recusa da aplicação de “qualquer norma” (artigo 152.º-1).⁽²³⁰⁾ Como as normas constitucionais de fiscalização não constavam do esboço da Constituição de Dezembro de 2001, não encontramos informação suficiente nos trabalhos preparatórios sobre estes preceitos constitucionais. Note-se que ao Presidente da República não é atribuída a competência para promulgar os tratados internacionais, mas somente de enviá-los para publicação (artigo 85.º/a da Constituição).⁽²³¹⁾

⁽²²⁸⁾ Artigos 227.º/b; 228.º-1; 229.º-2, 3 e 4 da Constituição da República de Angola de 2010. Ver, ainda, o artigo 190.º da Constituição da República do Ruanda e o artigo 8.º, secções 4.2 e 5.2 da Constituição da República das Filipinas de 1987.

⁽²²⁹⁾ Ver, Gomes Canotilho e Moreira, *Constituição Da República Portuguesa Anotada*, 2007, I (Artigo 1.º a 107.º):258-259; Machado, *Direito Internacional: Do Paradigma Clássico Ao Pós-11 de Setembro*, 181-188; Pereira e Quadros, *Manual de Direito Internacional Público*, 1997, 155-156. O valor supra constitucional das normas convencionais é sugerido por alguns autores da doutrina brasileira, nomeadamente Flávia Piovesan, *Direitos Humanos E O Direito Constitucional*, 14 edição (São Paulo: Saraiva, 2013), chap. IV. Note-se ainda que, em Portugal, há um intenso debate sobre a questão da supra constitucionalidade do direito comunitário, considerando parte da doutrina a primazia do direito comunitário sobre as constituições dos Estados membros.

⁽²³⁰⁾ Para uma discussão mais detalhada sobre os métodos de fiscalização constitucional, *vide*, Capítulo VI, 3. A Justiça Constitucional.

⁽²³¹⁾ Veja em contraste o artigo 278.º-1 da Constituição portuguesa que atribui especificamente a competência ao Presidente da República para pedir a fiscalização preventiva dos tratados internacionais enviados para ratificação e dos acordos internacionais enviados para assinatura.

Uma posição infra constitucional de normas convencionais pode sempre ter o potencial de gerar dúvidas quanto à norma aplicável, no âmbito de um litígio internacional, quando há um claro conflito entre a Constituição nacional e um tratado internacional.⁽²³²⁾

Se parece ser mais ponderável considerar que, no ordenamento jurídico em Timor-Leste, o direito convencional tem uma posição infra constitucional (mas supra legal), haverá lugar para alguma exceção em relação às normas contidas nos tratados internacionais sobre os direitos humanos?

Em Timor-Leste, é reconhecida a existência de *direitos só materialmente fundamentais*, os quais, apesar de não estarem contidos no texto da Lei Fundamental, passam a adquirir um valor constitucional como consequência da abertura da constituição aos direitos fundamentais prevista no artigo 23.º da Constituição de 2002⁽²³³⁾. Ressalta-se que, seguindo a linha da Constituição moçambicana, a Constituição timorense parece prever uma abertura dos direitos fundamentais um tanto limitada ao aceitar como *direitos só materialmente fundamentais* apenas aqueles “constantes da lei”, não estendendo a abertura dos direitos fundamentais aos direitos humanos previstos nas convenções internacionais⁽²³⁴⁾. Neste sentido, de acordo com a linguagem normativa da Constituição, as normas das convenções internacionais sobre os direitos humanos não representariam direitos fundamentais, reduzindo-se a uma posição infra constitucional como quaisquer outras normas convencionais.

Ao mesmo tempo, poderia argumentar-se que, dentro de um sistema monista de direito, a legislação internacional é recebida de forma plena no ordenamento jurídico e, assim, é considerada como parte integrante do Direito interno. Com isto, e considerando o papel primordial do direito internacional na História da formação do Estado timorense, inclinamo-nos para a ideia segundo a qual a interpretação a ser dada ao termo “constantes da lei” no artigo 23.º da Constituição deve ser uma que inclua a lei internacional aplicável em Timor-Leste.

⁽²³²⁾ Vide Capítulo I, 4.3 Conflito entre o Direito interno e o Direito internacional.

⁽²³³⁾ Vide Capítulo III, 3.3 Outros Direitos Fundamentais.

⁽²³⁴⁾ A maioria dos países de língua portuguesa prevê a abertura dos direitos fundamentais àqueles constantes na lei e no direito internacional, como é o caso das Constituições de Guiné Bissau (artigo 29.º-1), Angola (artigo 26.º-1), Cabo Verde (artigo 17.º-1) e Portugal (artigo 16.º-1).

4.3 Conflito entre o Direito Interno e o Direito Internacional

Um conflito entre o Direito interno e o Direito internacional produz efeitos tanto no ordenamento interno como no ordenamento internacional.

Para o Direito internacional, qualquer violação de *jus cogens*, de uma norma consuetudinária ou de uma norma de um tratado do qual Timor-Leste faça parte representa uma violação ao nível internacional. A violação está presente, independentemente da sua constitucionalidade. Em virtude da obrigação de respeitar as normas vinculativas presentes no Direito internacional (como já visto, as normas dos tratados, as normas consuetudinárias e o *jus cogens*), o Estado violador pode incorrer em responsabilização caso não respeite aquelas normas. À primeira vista, a relação violação-responsabilização parece-nos clara. Porém, atualmente, não há uma posição homogênea quanto ao alcance da responsabilização de um Estado em relação à sua quebra de normas contidas no ordenamento jurídico internacional.

Na sua opinião recente, o Tribunal Internacional de Justiça identificou duas formas de responsabilização do Estado violador da norma de Direito internacional: o dever de cessar quaisquer ações que resultem na violação e o dever de reparar os danos causados pela violação⁽²³⁵⁾. Esta decisão segue alguns dos princípios da reparação incluídos nos Princípios Básicos do Direito à Reparação das Vítimas de Violações de Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário de 2005⁽²³⁶⁾. Apesar da existência de um instrumento de *soft law* e do aparecimento de jurisprudência internacional sobre esta questão, ainda não existem normas específicas sobre a responsabilização dos Estados, de natureza convencional ou consuetudinária. Um passo importante foi dado, em 2001, numa tentativa de positivar os princípios e formas de responsabilização internacional com a elaboração pela Comissão Internacional de Direito de um esboço de artigos sobre a responsabilização dos Estados por atos ilícitos praticados internacionalmente (*Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*).⁽²³⁷⁾ A elabora-

⁽²³⁵⁾ Cfr. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports No 131 (Tribunal Internacional de Justiça 2004).

⁽²³⁶⁾ Adotado pela Resolução da Assembleia Geral n.º 60/147, de 16 de Dezembro de 2005.

⁽²³⁷⁾ International Law Commission, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, December 2001.

ção do esboço deste instrumento internacional durou mais de 20 anos e não se sabe se estes artigos serão transformados em tratado num futuro próximo. A realidade com que nos deparamos neste momento é uma em que os Estados possuem o dever de respeitar as normas de Direito internacional vinculativas e não podem utilizar o seu direito interno como fator desculpante para a violação⁽²³⁸⁾, porém, não há clareza sobre as consequências específicas aquando da sua violação.

No âmbito interno, o conflito entre o direito interno e o direito internacional pode resultar em ilegalidade ou em inconstitucionalidade da lei. Em geral, quando uma norma prevista em legislação ordinária se encontra em conflito com uma norma ou princípio do Direito internacional ou com uma norma convencional deparamo-nos com uma questão de ilegalidade da norma contida na legislação ordinária, já que estes princípios e normas de Direito internacional possuem uma posição supra legal⁽²³⁹⁾.

Assumindo o Direito Internacional convencional uma posição infra constitucional é possível, teoricamente, que uma norma de um tratado esteja em conflito com a Constituição. Note-se, porém, que a CRDTL não prevê expressamente a possibilidade de fiscalização preventiva da constitucionalidade de normas constantes de tratados internacionais, pelo que não é claro qual o processo aplicável nos casos em que se pretenda verificar a constitucionalidade de tais normas quando as mesmas sejam contrárias à Constituição.⁽²⁴⁰⁾

Há quem argumente que se poderia considerar que nem todo o conflito entre o Direito interno e o Direito internacional no ordenamento interno

⁽²³⁸⁾ Ver, por exemplo, o artigo 27.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que além de ser uma norma convencional representa ainda uma norma consuetudinária internacional. O Comité de Direitos Humanos num dos seus Comentários Gerais considerou que “[e]mbora o artigo 2.º, número 2 permita aos Estados Partes que dêem efeito aos direitos do Pacto em conformidade com os procedimentos constitucionais internos, o mesmo princípio se aplica com o fim de evitar que os Estados Partes invoquem disposições do direito constitucional ou outros aspectos do direito interno para justificar uma falta de cumprimento ou de aplicação das obrigações no âmbito do tratado.” (Comité dos Direitos Humanos, *Comentário Geral N.º 31: A Natureza Da Obrigação Jurídica Geral Imposta Aos Estados Partes Do Pacto*, de Maio de 2004, para. 4. in *Provedoria de Direitos Humanos e Justiça, Compilação Instrumentos de Direitos Humanos.*)

⁽²³⁹⁾ Vide Capítulo VI, 3. A Justiça Constitucional.

⁽²⁴⁰⁾ Ver, sobre os processos de fiscalização da constitucionalidade, capítulo VI.

representa também um conflito no âmbito internacional, e vice e versa ⁽²⁴¹⁾. Esta possível dicotomia seria uma consequência direta das diferentes posições que as normas e princípios de Direito internacional podem ocupar no ordenamento interno mas que, no entanto, parece colocar em causa a concepção monista do direito. ⁽²⁴²⁾

⁽²⁴¹⁾ Jónatas Machado refere como tendência mais recente a existência de um “novo dualismo” assente não num problema de hierarquia mas de coordenação entre os ordenamentos jurídicos interno e internacional cada um com determinadas áreas de competência, em termos que possibilitam as funções próprias de cada um (Machado, *Direito Internacional: Do Paradigma Clássico Ao Pós-11 de Setembro*, 163-ss.). Ver, ainda, Miranda, *Curso de Direito Internacional Público*, 2009, 137-ss; Valerio de Oliveira Mazzuoli, *Curso de Direito Internacional Público* (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012), 74-ss.

⁽²⁴²⁾ Normalmente, as relações entre estas duas ordens jurídicas são conceptualizadas partindo das perspectivas monistas — com primazia do direito internacional ou do direito interno — e dualistas — com uma clara autonomização das ordens jurídicas e sistemas de incorporação das normas de uma e de outra. No primeiro conceito, o direito internacional e o direito interno são partes de um ordenamento jurídico, fundado, ou no direito natural, ou na *voluntas* soberana dos Estados. Na segunda perspectiva, trata-se de ordenamentos jurídicos distintos, obedecendo a valores, princípios, objetivos e lógicas distintas (Cfr. Machado, *Direito Internacional: Do Paradigma Clássico Ao Pós-11 de Setembro*, 163-ss; Miranda, *Curso de Direito Internacional Público*, 2009, 137-ss; André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.^a ed. (Coimbra: Almedina, 1997), 84-ss.)