

DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS E DIREITOS SOCIAIS: ENTRE A UNIDADE E A DIVERSIDADE

RUI MEDEIROS

1. INTRODUÇÃO

SÉRVULO CORREIA, numa das suas profundas e desafiantes incursões na temática dos direitos fundamentais, apresentou, como “tópico para uma reflexão mais aprofundada”, a ideia central segundo a qual a distribuição dos direitos fundamentais pelas categorias dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais (doravante, simplificadamente, direitos sociais) produz “implicações no sistema constitucional de autonomia do legislador e de separação e interdependência de poderes”. Uma dessas implicações traduz-se, concretamente, “na diferenciação dos âmbitos de autonomia do legislador no desempenho da tarefa de densificação do conteúdo de cada direito fundamental” ⁽¹⁾.

Esta pista de reflexão merece ser aprofundada. O pano de fundo, para o efeito, é a Constituição portuguesa actual. Não se trata, portanto, de estudar esta temática no quadro de uma *teoria geral* dos direitos fundamentais. Tão-pouco se pretende desenvolver o problema na sua dimensão histórica ou internacional. O mesmo se diga — não obstante a importância do estudo dos direitos sociais numa vertente comparada e, em particular, na perspectiva de uma “convergência com a Europa” ⁽²⁾ e da construção no espaço europeu de um “direito europeu comum no domínio dos direitos sociais” ⁽³⁾ — em relação a uma análise de Direito Constitucional comparado.

⁽¹⁾ Cfr. J. M. SÉRVULO CORREIA, *Interrelação entre os regimes constitucionais dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais e o sistema constitucional de autonomia do legislador e de separação e interdependência de poderes: teses*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pág. 969.

⁽²⁾ Cfr., MIGUEL RODRIGUEZ-PIÑERO, *La protection des droit sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Espagne*, in *La protection des droit sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union Européenne*, Athènes — Bruxelles — Baden-Baden, 2000, pág. 301.

⁽³⁾ Cfr. JEAN-FRANÇOIS FLAUSS, *Les interactions normatives entre les instruments européens relatifs à la protection des droits sociaux*, in *Droits sociaux et droit européen*, Bruylant, 2002, pág. 112.

Por outro lado, na busca de uma resposta ao desafio lançado, é importante assinalar desde já que, atendendo à extensão e à heterogeneidade dos preceitos constitucionais que consagram direitos sociais, uma aproximação generalista centrada na distinção entre as duas categorias centrais em que a Constituição de 1976 arruma os direitos fundamentais pode conduzir a soluções redutoras e, por isso, as considerações que se seguem não dispensam uma análise de cada direito fundamental em concreto.

2. INDIVISIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E NORMATIVIDADE DIFERENCIADA DOS DIREITOS SOCIAIS

I. É sabido — e o tema foi recentemente tratado como profundidade por JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO — que, na doutrina portuguesa, numa tendência que não representa uma originalidade nacional, estão bem arreigadas duas orientações radicalmente opostas em matéria de contraposição entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: de um lado, as teorias absolutizadoras da distinção; do outro, as teses negadoras ou desvalorizadoras desta dicotomia constitucional no âmbito dos direitos fundamentais ⁽⁴⁾.

Justifica-se, porém, a adopção neste domínio de uma solução *intermédia*. Neste sentido, na distinção entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais, afigura-se fundamental não confundir, entre outros aspectos, a dimensão axiológica da vertente estrutural. E, se na primeira perspectiva, é possível descortinar no sistema constitucional português uma unidade de sentido, já no plano estrutural a diversidade constitui uma marca indelével. A contraposição entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais situa-se, assim, entre a unidade e a diversidade.

A conclusão, como se confirmará mais adiante, é fundamental quando se atende, justamente, às implicações da distinção entre estas duas categorias de direitos fundamentais no sistema constitucional de autonomia do legislador.

II. Ao inscrever logo no pórtico da Constituição a dignidade da pessoa humana como valor no qual se baseia a República Portuguesa, o legislador constituinte português, na esteira da Declaração Universal dos Direitos do Homem, reconhece que “o homem-pessoa é o pressuposto decisivo, o valor fundamental e o fim último que preenche a inteligibilidade do mundo humano do nosso tempo (...). É este valor — o homem e a sua dignidade — o maior valor, o «supremo bem», a que todos os outros valores vão referidos nas suas

⁽⁴⁾ Cfr., para maiores desenvolvimentos, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*, I e II, Coimbra, 2006, respectivamente, págs. 39 e segs., e págs. 212 e segs.

posições axiológicas neste mundo” (5). Significa isto que “a Constituição portuguesa, como outras constituições democráticas, incorpora (...), como valor fundamental, a referência à dignidade humana, elemento de unidade valorativa do sistema constitucional” (6).

A unidade axiológica do sistema de direitos fundamentais não pode, porém, ser construída apenas a partir desta premissa cultural antropológica do Estado Constitucional (7). A compreensão do alcance da dignidade da pessoa humana em cada comunidade política historicamente situada não é a-histórica e intemporal. Ela não pode ser deduzida mecanicamente de qualquer apriorismo, devendo antes atender à compreensão fundamental-originária do homem numa determinada cultura num certo momento histórico (8). Ora, se bem que a descoberta de uma unidade de sentido cultural nos direitos fundamentais não deva implicar “a adesão a uma determinada teoria dos valores ou da ordem dos valores, muito menos o reconhecimento de uma ordem de valores hierárquica, abstracta e fechada” (9), tem sentido hoje, em face do actual texto constitucional português, o reconhecimento fundante da liberdade digna e da dignidade livre do homem como princípio basilar (10), com a consequente “(re)afirmação da liberdade como valor ordenador de todo o *campus* jusfundamental e pela convocação da correspondente responsabilidade pela (re)definição da fundamentalidade dos direitos e pelo entendimento destes como limites ao(s) poder(es) e, enfim, pela consideração dos direitos das pessoas concretas e reais” (11).

A consagração de direitos sociais na ordem constitucional portuguesa em vigor não é incompatível com a afirmação da liberdade como “bem jurídico (ou denominador) comum de todos os direitos fundamentais e, por conseguinte,

(5) Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Justiça e Direito*, in *Digesta*, I, Coimbra, 1995, págs. 278 e 279. Cfr., ainda, para uma construção em que, não obstante se fazer a apologia de uma *Verfassungstheorie ohne Naturrecht*, não se deixa de reconhecer o significado especial da norma da *Grundgesetz* que reconhece a dignidade da pessoa humana, PETER HÄBERLE, *Verfassungstheorie ohne Naturrecht*, 101. Cfr., enfim, para maiores desenvolvimentos, FRANCO BAROLOMEI, *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, Torino, 1987, *passim*.

(6) Cfr. PAULO MOTA PINTO, *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, in *Portugal-Brasil Ano 2000*, Coimbra, 2000, pág. 151.

(7) Cfr. PETER HÄBERLE, *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, in *EuGRZ*, 1991, pág. 274.

(8) Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Justiça e Direito...*, cit., págs. 276 e segs. Cfr. ainda *A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido*, in *Digesta*, II, Coimbra, 1995, pág. 138.

(9) Cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3.^a ed., Coimbra, 2004, pág. 106.

(10) Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *“Brançosos” e Interconstitucionalidade*, Coimbra, 2006, págs. 175 e segs.

(11) Cfr. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais*, in *AB VNO AD OMNES - 75 anos da Coimbra Editora*, pág. 995.

como parâmetro da sua fundamentalidade” (12). Com efeito, a conexão entre os direitos sociais ou a Administração de Prestações e os direitos de liberdade é há muito sublinhada pela doutrina. Não se trata, em rigor, de ideias contrapostas (13) (v. g. igualdade *versus* liberdade (14)). A criação de condições para uma existência condigna — “exigência básica da justiça social” (15) — não visa apenas assegurar uma ideia de igualdade social ou de solidariedade (16) — ou, numa visão mais articulada, não se esgota em fundamentos como a segurança, a solidariedade, a democracia ou a igualdade (17) —, estando igualmente orientada para a efectivação das liberdades fundamentais (18). Daí a ideia fundamental de um Estado Social funcionalmente orientado para a liberdade e, por isso, numa ordem constitucional de liberdade, a configuração da liberdade como fundamento e limite do Estado Social (19). No fundo, como lembra MARTIN BOROWSKI, uma *rechtliche Freiheit ohne faktische Freiheit* ou uma *liberté* sem *capacité* seja insuficiente (20). A liberdade dos “homens com minúscula, os verdadeiros indivíduos, singulares, irrepetíveis, com suas necessidades e sofrimentos concretos” está também ameaçada “pela fome, pela miséria e pela ignorância” (21). Numa palavra, sob pena de a liberdade se tornar em parte uma «fór-

(12) Cfr. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Algumas reflexões...*, cit., pág. 995.

(13) Cfr. ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge*, in *Soziale Grundrechte*, Heidelberg-Karlsruhe, 1981, pág. 9.

(14) Cfr. JOSEF ISENSEE, *Verfassung ohne soziale Grundrechte*, in *Der Staat*, 1980, págs. 373 e segs. Cfr., por último, HANS MICHAEL HEINIG, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*, Tübingen, 2008, págs. 148 e segs.

(15) Cfr. TERESA VICENTE GIMÉNEZ, *La exigibilidad de los derechos sociales*, Valencia, 2006, pág. 79.

(16) Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação...*, II, cit., págs. 200 e segs., bem como 416, em nota.

(17) Cfr. HANS MICHAEL HEINIG, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit...*, cit., págs. 110 e segs.

(18) Cfr. WOLFGANG MARTENS, *Grundrechte im Leistungsstaat*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 30, Berlin, 1972, págs. 28 e 29. Cfr., sublinhando a centralidade do problema de tornar a liberdade real para todos, JOÃO CARLOS ESPADA, *Direitos sociais de cidadania*, Lisboa, 1997, pág. 217.

(19) Cfr. HANS MICHAEL HEINIG, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit...*, cit., págs. 171 e segs. (o Autor, nesta *Habilitationsschrift*, desenvolve, como se lê na pág. 7, esta tese central: “*Der Sozialstaat des Grundgesetzes ist streng «freiheitsfunktional» zu verstehen*”).

(20) Cfr. MARTIN BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien - Die Unterscheidung von prima facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*, Baden-Baden, 1998, págs. 179 e 289-290.

(21) Cfr. FRANCISCO CONTRERAS PELÁEZ, *Derechos sociales: teoría e ideología*, Madrid, 1994, págs. 16 e 25. Cfr., na mesma linha, ÓSCAR RODRÍGUEZ OLVERA, *Teoría de los derechos sociales en la Constitución abierta*, Granada, 1998, pág. 256; CARLOS SANTIAGO NINO, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, 1997, págs. 87 e segs.

mula vazia»⁽²²⁾, pode dizer-se, seguindo as palavras de JORGE MIRANDA na Assembleia Constituinte, liberdade significa também “libertação da miséria, da insegurança e da necessidade”⁽²³⁾.

Em coerência, não se pode afirmar, num plano axiológico, que exista *a priori* e em abstracto um primado dos direitos, liberdades e garantias sobre os direitos sociais. Recorde-se que, na doutrina portuguesa, há quem defenda que os valores subjacentes às normas referentes a direitos, liberdades e garantias (...) gozam de prevalência hierárquica sobre os valores que resultam de todas as outras normas (...) sobre direitos fundamentais”⁽²⁴⁾. Pelo contrário, em nossa opinião, a exigência de um mínimo de *igual liberdade*⁽²⁵⁾, que permita o exercício da liberdade daqueles que têm esta total ou fortemente bloqueada⁽²⁶⁾, e a defesa da dignidade da pessoa humana postulam ética e juridicamente a positividade constitucional dos chamados *direitos sociais*⁽²⁷⁾. Estes não são, portanto, *direitos de segundo grau*⁽²⁸⁾. E, já se vê, numa ordem constitucional que consagra a liberdade, não apenas perante o Estado, mas também através do Estado⁽²⁹⁾, tem sentido afirmar a indivisibilidade dos direitos fundamentais⁽³⁰⁾. Neste sentido, pode, pois, falar-se na unidade do sistema de direitos fundamentais consagrado constitucionalmente.

III. A unidade dos direitos fundamentais não impede, porém, que se reconheça — tomando cada direito fundamental como um todo e não cada uma das

(22) Cfr. REINHARD MARX, *Das Kapitalein plädoyer für den Menschen*, München, 2008, pág. 61.

(23) Cfr., com a contextualização da afirmação, ISABEL MOREIRA, *A «solução» dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais na Constituição Portuguesa*, Coimbra, 2007, págs. 9 e 54; JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação...*, I, cit., pág. 589, em nota.

(24) Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, Coimbra, 2003, págs. 253 e segs. Cfr. ainda *Lições de Introdução ao estudo do Direito*, I-1, Lisboa, 1998, pág. 224. Cfr., porém, sublinhando que o Estado social “é ainda herdeiro do Estado liberal”, havendo “uma continuidade teleológica com o propósito do Estado liberal de dignificação da pessoa humana”, *Instituições Políticas e Constitucionais*, I, Coimbra, 2007, pág. 336. Cfr., por último, falando “de um *nexo de prioridade* entre os «direitos, liberdades e garantias» e os «direitos económicos, sociais e culturais»”, ANTÓNIO ULISSES CORTÊS, *Jurisprudência dos Princípios*, Lisboa, 2008 (polic.), págs. 307 e 308.

(25) Cfr. HANS MICHAEL HEINIG, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit...*, cit., págs. 222 e segs.

(26) Cfr. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Algumas reflexões...*, cit., pág. 995.

(27) J. J. GOMES CANOTILHO, *Revisar o romper con la Constitution dirigente?*, in REDC, 1995, n.º 43, pág. 21.

(28) Cfr., porém, MARÍA DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS, *La Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales*, Madrid, 2000, pág. 107.

(29) Cfr., referindo-se à “*Freiheit durch den Staat, vom Staat und der Freiheit zum Staat*”, PETER HÄBERLE, *Grundrechte im Leistungsstaat...*, cit., pág. 76.

(30) Cfr. RUI MEDEIROS, *O Estado de Direitos Fundamentais português: alcance, limites e desafios*, in *Anuário Português de Direito Constitucional*, II, 2002, págs. 41 e 42.

pretensões específicas nele integradas ou com ele correlacionadas por si só ⁽³¹⁾ — a diferença estrutural existente *prima facie* entre os preceitos consagradores de direitos, liberdades e garantias e as disposições que estabelecem direitos sociais.

É sabido que, na contraposição entre estas duas categorias de direitos fundamentais, está muito em voga, na linha da posição de VIEIRA DE ANDRADE ⁽³²⁾, num entendimento aprofundado e enriquecido por JORGE REIS NOVAIS ⁽³³⁾ e por JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO ⁽³⁴⁾, a apologia de um critério fundado “na determinabilidade constitucional do conteúdo e nos distintos pressupostos de efectividade” ⁽³⁵⁾. Nesta perspectiva, para além da ideia da determinabilidade, há que atender à natureza dos condicionamentos que afectam a realização dos direitos fundamentais pelos poderes públicos. Efectivamente, o simples apelo a um critério de determinabilidade ou de determinabilidade jurídica não se afigura suficiente ⁽³⁶⁾. Dai que seja necessário pôr em evidência que “há direitos (por serem fáctica e juridicamente realizáveis) cuja observância depende apenas da vontade política do Estado e há direitos que dependem de factores que o Estado em grande medida não domina”, isto é, que estão sob reserva do possível ⁽³⁷⁾.

Refira-se entre parênteses que, neste sentido, da mesma forma que esta especificidade estrutural dos direitos sociais pode não se verificar em algumas das pretensões que se extraem de normas constantes do Título III da Parte I da Constituição, ela também pode surgir, em contrapartida, em algumas dimensões

⁽³¹⁾ Cfr., sublinhando justamente que a Constituição, quando “distingue entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais, fá-lo, em geral, com referência ao direito como um todo e enquanto direito principal. Só muito raramente a Constituição se preocupa em especificar, como fez, todavia, no caso do ensino, quando distingue a liberdade de aprender e ensinar (...) do direito ao ensino (...). A questão é sobretudo relevante quando se procurem retirar consequências jurídicas de uma diferente inserção sistemática dos direitos fundamentais (...). O facto de um direito principal ou um direito como um todo vir constitucionalmente consagrado como direito, liberdade e garantia não significa que todas as pretensões nele integradas ou a ele associadas assumam idêntica natureza e se revistam da força jurídica própria daquele tipo de direitos”, JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente previstas na Constituição*, Coimbra, 2003, pág. 131.

⁽³²⁾ Cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, cit., 3.^a ed., pág. 187.

⁽³³⁾ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais...*, cit., págs. 133 e segs. Cfr. ainda *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, 2004, págs. 292 e segs.

⁽³⁴⁾ Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação...*, II, cit., págs. 237 e segs.

⁽³⁵⁾ Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação...*, II, cit., págs. 48 e 218-219.

⁽³⁶⁾ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais...*, cit., págs. 134 e 135.

⁽³⁷⁾ Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação...*, II, cit., págs. 240 e 241. Cfr. ainda JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais...*, cit., págs. 137 e segs. (em especial, págs. 147 e segs.).

positivas dos direitos, liberdades e garantias ⁽³⁸⁾. Não se está com isto a referir aos direitos, liberdades e garantias que, embora sejam independentes de quaisquer disponibilidades financeiras ou materiais, carecem de densificação, conformação, regulamentação ou concretização por parte do legislador ordinário ⁽³⁹⁾. Tão-pouco se tem em vista os casos em que os direitos, liberdades e garantias exigem medidas legais destinadas a assegurar uma protecção efectiva dos titulares dos direitos em face de outros particulares (designadamente, através de normas sancionatórias), pois, nestes casos, tais direitos não estão sob a reserva do económica e socialmente possível ⁽⁴⁰⁾. Mas, em algumas situações, a efectivação do dever de protecção dos direitos, liberdades e garantias de liberdade — e a *Schutzanspruch* que lhe está associada — depende, não apenas da vontade política do legislador, mas também de disponibilidades financeiras ou materiais que dependem de factores que o Estado em grande medida não domina. Em causa estão pretensões instrumentais de direitos, liberdades e garantias que, “assumindo um carácter essencialmente fáctico, padecem das mesmas condicionantes orçamentais, *reservas do possível* e indeterminabilidade que caracterizam os direitos sociais” ⁽⁴¹⁾. E, quando tal acontece, num fenómeno inverso àquele que se encontra previsto no artigo 17.º, as dimensões em causa dos direitos, liberdades e garantias apresentam uma estrutura análoga à dos direitos sociais ⁽⁴²⁾.

Seja como for, no que se refere aos direitos sociais, a diferença estrutural assinalada — e não uma hierarquia axiológica ⁽⁴³⁾ — permite compreender, a nível de regime jurídico, a ideia da normatividade reforçada dos direitos, liberdades e garantias. Em particular, no que se refere às implicações da contraposição constitucional entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais no sistema constitucional de autonomia do legislador e de separação e interdependência de poderes, a especificidade estrutural dos direitos sociais conduz, justamente, ao reconhecimento dos “efeitos perversos” de uma “aproximação absolutista” ao significado jurídico das normas que consagram este tipo de direitos fundamentais ⁽⁴⁴⁾. A consagração constitucional dos direitos sociais como direitos fun-

⁽³⁸⁾ Cfr. ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Die sozialen Grundrechte im Verfassungs...*, cit., págs. 12 e segs.

⁽³⁹⁾ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais...*, cit., págs. 134 e 135.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. JOSÉ CASALTA NABAIS, *O dever fundamental de pagar impostos*, Coimbra, 1998, pág. 150, nota.

⁽⁴¹⁾ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais...*, cit., pág. 296.

⁽⁴²⁾ Cfr. RUI MEDEIROS, *O Estado de direitos fundamentais portugueses...*, cit., págs. 42 e 43.

⁽⁴³⁾ Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação...*, II, cit., pág. 193, em nota.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Metodologia «fuzzy» e «camaleões normativos» na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais*, in *Estudos sobre direitos fundamentais*, Coimbra, 2004, págs. 104 e 105.

damentais, devidamente justificada no plano axiológico, não legítima, por outras palavras, uma compressão desmesurada da liberdade de conformação que, num Estado democrático, deve caber ao legislador ordinário na concretização de normas constitucionais “carecedoras da *interpositio* legislativa” ⁽⁴⁵⁾.

3. A AUTONOMIA REFORÇADA DO LEGISLADOR NA CONFORMAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E SEUS LIMITES

I. A normatividade dos direitos sociais não deve, mesmo numa ordem constitucional fortemente comprometida no plano social, legitimar a imposição de uma Constituição dirigente e a consequente asfixia da liberdade de conformação do legislador ordinário legitimado democraticamente. Significa isto que, como princípio geral, no tocante à aplicação de direitos sociais, o âmbito da pronúncia jurisdicional se encontra “limitado pela reserva de conformação política do legislador, não cumprindo ao julgador extrair directamente dos enunciados constitucionais conteúdos justiciáveis” ⁽⁴⁶⁾. Na verdade, sob pena de os órgãos de controlo da constitucionalidade e, em particular, o Tribunal Constitucional se tornarem num *Obergesetzgeber* ⁽⁴⁷⁾, deve entender-se que “a justiciabilidade dos deveres estatais de realização dos direitos sociais e das pretensões subjectivas correlativas” depende, “em princípio, de uma concretização e determinação prévias do seu conteúdo por parte do legislador. De outro modo, ou seja, a admitir a judiciabilidade mesmo na ausência de suficiente determinação prévia do conteúdo da prestação e da garantia da sua previsão orçamental por parte do legislador, estaríamos, dada a escassez de recursos e a necessidade de fazer opções e estabelecer prioridades, a conferir ilegitimamente aos tribunais, *maxime* ao Tribunal Constitucional, um poder de definição das dotações orçamentais que incumbe exclusivamente ao legislador (...) democraticamente legitimado e, dessa forma, o poder judicial ver-se-ia directa e ilegitimamente investido no processo de decisão política” ⁽⁴⁸⁾.

II. Todavia, se é insustentável a possibilidade de os tribunais se arrogarem da competência para “decidir sobre as opções orçamentais e as prioridades de acção política” ⁽⁴⁹⁾, é possível, ainda assim, descortinar em algumas das dimen-

⁽⁴⁵⁾ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, 2001, 2.^a ed., pág. XVI.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. J. M. SÉRVULO CORREIA, *Interrelação...*, cit., pág. 970.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. KARL-JÜRGEN BIEBACK, *Sozialstaatsprinzip und Grundrechte*, in *EuGRZ*, 1985, pág. 664.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais...*, cit., pág. 295.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais...*, cit., pág. 294.

sões de um direito social tomado como um todo ou, em rigor, em alguma das pretensões que se extraem de preceitos respeitantes a direitos sociais — e para empregar a fórmula que VIEIRA DE ANDRADE adopta para caracterizar os direitos, liberdades e garantias ⁽⁵⁰⁾ — um conteúdo essencialmente determinável ao nível das opções constitucionais. Os preceitos constitucionais que consagram direitos sociais não se revestem, nesta primeira dimensão, de carácter programático ⁽⁵¹⁾.

Este conteúdo essencialmente determinável no plano constitucional de uma pretensão jusfundamental específica extraída de normas respeitantes a direitos sociais não se confunde, em rigor, ao contrário de uma entendimento muito em voga, com uma ideia de *conteúdo mínimo* ou de *conteúdo essencial* ⁽⁵²⁾ — conceitos que só podem operar, nesta perspectiva, por apelo ao direito social tomado como um todo — ou, em ordenamentos como o alemão, por referência à cláusula do Estado Social (e onde, portanto, faz sentido uma discussão centrada na determinação do *Minimum* de protecção social constitucionalmente garantido) ⁽⁵³⁾ — e que pressupõem — o que pode não acontecer — que a pretensão em causa, determinável constitucionalmente, corresponde necessariamente ao *mínimo existencial* ⁽⁵⁴⁾ do direito social em causa.

Naturalmente, mesmo numa ordem constitucional dos direitos fundamentais pluralista e aberta e, por isso, não-hierárquica, nada obsta a que se reconheça que é diferente o grau de vinculação dos diversos direitos fundamentais à dignidade da pessoa humana e às liberdades básicas ⁽⁵⁵⁾. Ora, no quadro de uma resposta diferenciadora, se é duvidosa “a pretensão doutrinária que, na demanda de uma dogmática unitária dos direitos fundamentais, pretende descortinar em todos os direitos” sociais dimensões directamente aplicáveis ⁽⁵⁶⁾, já tem sentido admitir a existência de dimensões jurídicas específicas dos direitos sociais que podem ser extraídas dos preceitos constitucionais sobre

⁽⁵⁰⁾ Cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, cit., 3.^a ed., pág. 187.

⁽⁵¹⁾ Cfr. HANS MICHAEL HEINIG, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit...*, cit., pág. 317.

⁽⁵²⁾ Cfr., sobre a articulação entre conteúdo mínimo e conteúdo essencial, CRISTINA QUEIROZ, *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*, Coimbra, 2006, págs. 96 e segs.

⁽⁵³⁾ Cfr., por último, desenvolvidamente, HANS MICHAEL HEINIG, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit...*, cit., págs. 315 e segs.

⁽⁵⁴⁾ Cfr., embora sublinhando a polaridade “entre o *mínimo existencial* e a *reserva do possível*”, JOSÉ LUÍS BOLZAN DE MORAIS, *O Estado e seus limites*, in *Constituição e Estado Social*, Coimbra, 2008, pág. 183.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, cit., 3.^a ed., págs. 102 e 106.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação...*, II, cit., pág. 186, em nota.

direitos sociais e, nessa medida, são susceptíveis de ser invocadas pelos particulares independentemente da lei ⁽⁵⁷⁾.

Como refere SÉRVULO CORREIA, neste âmbito limitado há-de caber também — num juízo conforme aos princípios basilares de um Estado de Direito ancorado na dignidade da pessoa humana — a competência dos tribunais para “corrigir os efeitos mais nocivos da inacção do legislador”, ou seja, para nas “situações de necessidade excepcional ou de injustiça extrema possibilitadas pela inacção legislativa” condenar “as entidades públicas com atribuições na matéria em prestações de conteúdo mínimo susceptíveis — à luz das circunstancias do caso concreto — de reparar ofensas intoleráveis à dignidade da pessoa humana” ⁽⁵⁸⁾.

Em qualquer caso, se o critério de distinção entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais assenta, como já foi assinalado, no critério da determinabilidade constitucional do conteúdo e dos distintos pressupostos de efectividade, nada obsta que as pretensões jusfundamentais de natureza social que beneficiam deste estatuto privilegiado — enquanto dimensões jurídicas específicas de situações jurídicas compreensivas configuradas como direitos sociais — apresentem, independentemente de representarem ou não o cerne do respectivo direito social tomado como um todo, uma estrutura análoga à dos direitos, liberdades e garantias e beneficiem, nessa medida, da tutela reforçada aplicável a estes direitos. O artigo 17.º permite, assim, atestar “o carácter relativo da sistemática outorgada aos direitos e deveres fundamentais”, acabando por “corroborar uma solução intermédia que reconhece o carácter jurídico efectivo dos direitos fundamentais sociais ou das dimensões desses direitos na parte em que estruturalmente o permitam” ⁽⁵⁹⁾ ⁽⁶⁰⁾.

Afigura-se fundamental, no entanto, sublinhar que a admissibilidade da existência de pretensões jusfundamentais de natureza social directamente aplicáveis fundadas nos preceitos constitucionais relativos aos direitos sociais, não só não legitima que se perca de vista que, em matéria de aplicação de normas sobre direitos sociais, o princípio geral é o de que os tribunais estão limitados pela reserva de conformação política do legislador ordinário, como também nada diz quanto ao âmbito da autonomia do legislador na revisibilidade das prestações que con-

⁽⁵⁷⁾ Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação...*, II, cit., págs. 184 e segs., e 605 e segs. Cfr., referindo-se aos direitos sociais universais como parcela mínima indispensável à condição humana e directamente aplicáveis, PAULO OTERO, *Instituições Políticas...*, I, cit., págs. 488 e 591.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. J. M. SÉRVULO CORREIA, *Interrelação...*, cit., pág. 970.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação...*, II, cit., pág. 263.

⁽⁶⁰⁾ Cfr., porém, admitindo uma interpenetração entre direitos sociais e direitos, liberdades e garantias duvidosa, ao afirmar que a legislação “sobre a exposição dos indivíduos (...) ao fumo do tabaco (...) é susceptível de afectar a vertente negativa do direito à protecção da saúde na parte em que ela se sobrepõe ao direito à integridade física”, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 423/08.

cretizam os direitos fundamentais sociais. Este segundo aspecto é, no entanto, um tema central para compreender os direitos sociais no quadro do sistema constitucional de separação e interdependência de poderes.

III. É sabido que, historicamente, nos anos de euforia da Constituição dirigente, com a *concepção messiânica* ⁽⁶¹⁾ que lhe estava associada, esteve muito em voga o entendimento segundo o qual a liberdade de conformação do legislador na concretização dos direitos sociais estava fortemente limitada pelo princípio da proibição do retrocesso social ⁽⁶²⁾.

Num texto constitucional que, como o texto inicial da Constituição de 1976, “tinha um registo de esquerda” ⁽⁶³⁾ e apresentava uma “bipolarização estrutural” ⁽⁶⁴⁾, corporizada designadamente em dois princípios fundamentais — o princípio democrático, consubstanciando uma opção por uma ordem democrática, livre e pluralista, assente no respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos e por um governo representativo, e o princípio socialista, de raiz marxista, apontando para a futura conformação de uma sociedade sem classes através da colectivização dos principais meios de produção ⁽⁶⁵⁾, a ideia de uma proibição de retrocesso social tinha como pano de fundo o receio de alguns autores na implementação de uma “política de restauração capitalista consubstanciada na contra-revolução legislativa” ⁽⁶⁶⁾. Daí que se advogasse, para empregar as palavras utilizadas no polémico Acórdão n.º 39/84, de que foi relator VITAL MOREIRA, que, “a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de

⁽⁶¹⁾ Cfr. MIGUEL GALVÃO TELES, *Ex Post Justice, Legal Retrospection and Claim to Bindingness*, in *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, Coimbra, 2009, pág. 427.

⁽⁶²⁾ Cfr., para uma descrição do estado da doutrina e da jurisprudência portuguesa sobre o tema, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV, Coimbra, 2008, págs. 435 e segs. Cfr. ainda, sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação...*, II, cit., págs. 607 e segs. Cfr., por fim, sobre o estado da discussão até 2005, TIAGO FIDALGO DE FREITAS, *O princípio da proibição de retrocesso social*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Marcello Caetano*, Coimbra, 2006, págs. 796 e segs.

⁽⁶³⁾ Cfr. VITAL MOREIRA, *Revisão e revisões: a Constituição ainda é a mesma?*, in *20 Anos da Constituição de 1976*, Coimbra, 2000, pág. 203.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. LUCAS PIRES, *Teoria da Constituição de 1976 — a transição dualista*, Coimbra, 1988, pág. 133.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. RUI MACHETE, *Os princípios estruturais da Constituição de 1976 e a próxima revisão constitucional*, in *Estudos de Direito Público e Ciência Política*, 1991, págs. 449 e segs.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. VITAL MOREIRA, *Constituição e revisão constitucional*, Lisboa, 1980, págs. 46, 94-96 e 115-116.

atentar contra a realização dada ao direito social”⁽⁶⁷⁾. Nesta perspectiva, “o rígido princípio da «não reversibilidade» ou, em formulação marcadamente ideológica, o «princípio da proibição da evolução reaccionária» pressupunha”, justamente, “um progresso, uma direcção e uma meta emancipatória e unilateralmente definidas: aumento contínuo de prestações sociais”⁽⁶⁸⁾.

A ideia de uma absoluta proibição de retrocesso caiu, entretanto, em desuso, não resistindo às objecções que, de diversos quadrantes, lhe foram entretanto dirigidas. É significativo que mesmo um Autor insuspeito, como GOMES CANOTILHO, reconheça hoje “alguns dos défices teóricos e dogmáticos do programatismo e directivismo constitucionais”⁽⁶⁹⁾ e relativize o discurso em torno de um rígido princípio da não reversibilidade⁽⁷⁰⁾.

Todavia, se se pode hoje dizer que já ninguém sustenta, em rigor, uma proibição de retrocesso⁽⁷¹⁾, a verdade é que, para impedir eventuais *desrazoabilidades* legislativas⁽⁷²⁾, se assiste hoje a uma interessante refundação das concepções que advogam uma maior limitação da esfera de intervenção do legislador democrático perante direitos sociais já concretizados por via legislativa. A própria tese de SÉRVULO CORREIA, referida na abertura do presente estudo, parece enquadrar-se em parte na mesma tendência. Com efeito, embora sublinhando que, na densificação dos direitos sociais, “o legislador exerce uma liberdade de conformação política, nomeadamente através de uma livre apreciação das possibilidades financeiras e económicas, a qual não é limitada por uma densidade essencial autónoma do direito fundamental ao nível constitucional”, o Autor não deixa de sublinhar que o legislador ordinário se encontra “limitado pelo dever de — sem prejuízo de alterações no interior do regime — manter o nível global de protecção anteriormente consagrado no plano legislativo relativamente ao direito” social em causa⁽⁷³⁾. Um tal entendimento decorre, na posição de diversos autores, de uma desvalorização da distinção estrutural e de regime entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais.

Assim, como exemplo ilustrativo desta concepção⁽⁷⁴⁾, ANDRÉ SALGADO MATOS, depois de contestar a tese da “menoridade axiológica dos direitos sociais

⁽⁶⁷⁾ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 39/99 (cfr. ainda VASCO PEREIRA DA SILVA, *Comentário ao Acórdão n.º 39/84*, in *O Direito*, 1974/1987, págs. 397 e segs.; *A cultura a que tenho direito — direitos fundamentais e cultura*, Coimbra, 2007, pág. 125, em nota).

⁽⁶⁸⁾ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Metodologia «fuzzy»...*, cit., págs. 111 e 112.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade*..., cit., pág. 33.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Metodologia «fuzzy»...*, cit., págs. 111 e 112.

⁽⁷¹⁾ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais*..., cit., pág. 304.

⁽⁷²⁾ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Metodologia «fuzzy»...*, cit., págs. 111 e 112.

⁽⁷³⁾ Cfr. J. M. SÉRVULO CORREIA, *Interrelação*..., cit., pág. 970.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. ainda, na doutrina portuguesa, CRISTINA QUEIROZ, *O princípio da não reversibilidade*..., cit., *passim*; *Direitos fundamentais sociais*, Coimbra, 2006, págs. 101 e segs.

no quadro do sistema de direitos fundamentais” e de advogar “uma abordagem unitária que privilegie a identificação de espaços de preceptividade no conteúdo dos direitos fundamentais”, afirma que “a tão falada proibição do retrocesso social, nunca explicada com suficiente precisão e frequentemente formulada em termos fixistas, que tornam os «direitos económicos, sociais e culturais» mais imunes ao legislador do que os próprios «direitos, liberdades e garantias», consiste (...) na aplicação do regime destes últimos. O fundamento de proibição do retrocesso é a natureza de imediata aplicabilidade e invocabilidade entretanto adquirida pela norma que confere o direito”. “Os direitos fundamentais que comportam uma dimensão programática foram constitucionalmente concebidos como «direitos preceptivos» sob condição suspensiva (*incertus na, incertus quando*), que é a reserva do possível”. Em conformidade, “concretizado de forma parcial ou total o direito, as futuras intervenções do legislador no conteúdo já concretizado terão que observar *in toto* o regime dos «direitos, liberdades e garantias», incluindo a disciplina constitucional das restrições” (75).

Da mesma forma, VASCO PEREIRA DA SILVA, claramente influenciado pelo entendimento que adopta quanto à contraposição entre direitos subjectivos e interesses legalmente protegidos no Direito Administrativo, e procurando justamente “retirar todas as consequências dogmáticas da conjugação do Direito Constitucional com o Direito Administrativo, numa base de reciprocidade” (76), faz a apologia de que todos os direitos fundamentais “apresentam uma natureza jurídica unitária, independentemente (...) da sua «arrumação constitucional» como «direitos, liberdades e garantias» ou como «direitos económicos, sociais e culturais»” (77). Neste entendimento, para além da “identidade axiológica de todos os direitos fundamentais”, “a renovada «unidade» da categoria dos direitos fundamentais” decorre igualmente da “identidade estrutural de todos os direitos fundamentais, pois todos eles se podem caracterizar, do ponto de vista jurídico, por apresentar simultaneamente uma vertente negativa e uma vertente positiva, assim como também uma dimensão subjectiva e objectiva” (78). Significa isto que “qualquer direito fundamental, independentemente da «data de nascimento» ou da «geração» a que pertença, apresenta sempre uma vertente negativa, que obriga as entidades públicas a abster-se de agressões susceptíveis de lesão da posição subjectiva de vantagem constitucionalmente protegida. Em termos simétricos”, e sem prejuízo da necessidade de actuação dos poderes públicos para a concretização dos direitos fundamentais não apresentar sempre a mesma

(75) Cfr. ANDRÉ SALGADO MATOS, *O direito ao ensino na Constituição de 1976*, Lisboa: FDL, 1998 (inédito), págs. 2 e 16 e segs.

(76) Cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA, *A cultura a que tenho direito...*, cit., pág. 119.

(77) Cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA, *A cultura a que tenho direito...*, cit., págs. 114 e 115.

(78) Cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA, *A cultura a que tenho direito...*, cit., pág. 33.

intensidade, “se a vertente positiva dos direitos fundamentais — que obriga a prestações dos poderes públicos, ou à cooperação entre estes e os privados para a sua realização — nasceu com os direitos da segunda e da terceira geração, ela é, hoje em dia, igualmente necessária para garantir os direitos da primeira geração” ⁽⁷⁹⁾.

Também JORGE REIS NOVAIS, em escritos recentes, veio sublinhar que “não há direitos, liberdades e garantias, de um lado, e direitos económicos, sociais e culturais, do outro. Há, pura e simplesmente, direitos fundamentais (...). Sob a aparente distinção constitucional de regimes há um único regime comum, o regime de protecção dos direitos fundamentais próprio do Estado de Direito. Esse regime comum inclui os tradicionais limites aos limites como sejam: a necessária observância dos princípios constitucionais estruturantes (dignidade da pessoa humana, igualdade, proibição do excesso, protecção da confiança), a observância da reserva de lei concebida à luz da teoria da essencialidade e a garantia do conteúdo essencial (...). Mas sobretudo, dada, precisamente, tal natureza jusfundamental dos direitos sociais, desse regime comum faz igualmente parte uma força de resistência constitucional que retira, por definição, os direitos sociais da disponibilidade do legislador ordinário” ⁽⁸⁰⁾. “Dos limites constantes do artigo 18.º só a cláusula de aplicabilidade directa do n.º 1 não se aplica, por definição, aos direitos sociais. Tudo o mais é igual e indiferenciadamente aplicável a direitos sociais ou a direitos de liberdade” ⁽⁸¹⁾. Assim, para JORGE REIS NOVAIS, se bem que não haja “proibição de retrocesso nos direitos sociais, tal como não há idêntica proibição quanto aos direitos de liberdade” ⁽⁸²⁾, deve entender-se que a “tendência para condescender quanto à margem de intervenção do legislador democrático na realização positiva dos direitos sociais” não deve valer “quando a lei ordinária altera as prestações sociais existentes num sentido que se traduz, na prática, em reposição ou criação de situações de inconstitucionalidade por omissão” ⁽⁸³⁾. Com efeito, “dada, precisamente, tal natureza jusfundamental dos direitos sociais, desse regime comum faz igualmente parte uma força de resistência constitucional que retira, por definição, os direitos sociais da disponibilidade do legislador ordinário. Isso obriga o poder político, sempre que pretenda restringir os direitos sociais, a ter de fundamentar as restrições que pretenda actuar na necessidade de proteger outros bens jurídicos que devam prevalecer (...). O facto de constituírem direitos sob reserva do financeiramente possível atenua a densidade de controlo sempre que,

⁽⁷⁹⁾ Cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA, *A cultura a que tenho direito...*, cit., págs. 34 e 35.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *O Tribunal Constitucional e os direitos sociais — o direito à segurança social*, in *Jurisprudência Constitucional*, n.º 6, Abril/Junho 2005, pág. 7.

⁽⁸¹⁾ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *O Tribunal Constitucional e os direitos sociais...*, cit., pág. 8.

⁽⁸²⁾ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *O Tribunal Constitucional e os direitos sociais...*, cit., pág. 8.

⁽⁸³⁾ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *O Tribunal Constitucional e os direitos sociais...*, cit., pág. 4.

mas só quando, o legislador pode accionar, fundadamente, essa reserva. Cabe ao Tribunal Constitucional verificar a legitimidade dessa invocação. Sempre que a reserva do financeiramente possível não é objectiva e fundadamente accionável, os direitos sociais apresentam uma resistência face às intervenções do legislador idêntica à que apresentam os direitos de liberdade. Sempre que o legislador afecta o grau já obtido de realização dos direitos sociais essa afectação deve ser dogmaticamente identificada por aquilo que é, ou seja, restrição de direitos fundamentais e, enquanto tal, sujeita ao controlo típico que o Tribunal Constitucional deve aplicar a qualquer outra restrição a direitos fundamentais”⁽⁸⁴⁾. Numa palavra, “dos limites constantes do artigo 18.º só a cláusula de aplicabilidade directa do n.º 1 não se aplica, por definição, aos direitos sociais. Tudo o mais é igual e indiferenciadamente aplicável a direitos sociais ou a direitos de liberdade”⁽⁸⁵⁾.

IV. Estas novas perspectivas, ao fazerem apelo ao regime das *leis restritivas*, são coerentes com os novos desenvolvimentos da teoria e da dogmática dos direitos fundamentais.

Efectivamente, na teorização e na reflexão dogmática em torno dos direitos fundamentais, o esquema da *Eingriff*, tradicionalmente associado à visão liberal dos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa⁽⁸⁶⁾, se bem que num entendimento que deve ser compreendido com cautela⁽⁸⁷⁾, tem sido amplamente revisitado pela doutrina. Neste sentido, assiste-se hoje à rejeição por muitos autores de um conceito estático de *Eingriff*, existente de uma vez para todas, e à sua substituição por um conceito dinâmico, adaptável às formas actuais de lesão dos direitos fundamentais⁽⁸⁸⁾. Não surpreende, por isso, que se oiçam crescentemente vozes que fazem a apologia de um conceito alargado de *Eingriff* susceptível de aplicação no próprio âmbito das prestações estaduais⁽⁸⁹⁾.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *O Tribunal Constitucional e os direitos sociais...*, cit., pág. 7.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *O Tribunal Constitucional e os direitos sociais...*, cit., págs. 8 e 9. Cfr. ainda JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais...*, cit., págs. 300 e segs.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. GERTRUDE LÜBBE-WOLFF, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, Baden-Baden, 1988, págs. 14 e segs.

⁽⁸⁷⁾ Cfr., sublinhando justamente que, numa perspectiva histórica, os direitos fundamentais começaram por assumir o carácter de programas que, em vez da abstinência, apontavam para a intervenção libertadora do Estado dos vínculos da ordem feudal, GERTRUDE LÜBBE-WOLFF, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, Baden-Baden, 1988, pág. 35; cfr., na mesma linha, referindo que a criação de uma liberdade real através da eliminação das liberdades feudais constituiu o programa inicial em matéria de direitos fundamentais do velho constitucionalismo, ROLF ECKHOFF, *Der Grundrechtseingriff*, Köln — Berlin — Bonn — München, 1992, pág. 287.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. ROLF ECKHOFF, *Der Grundrechtseingriff...*, cit., págs. 165, 236-237.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. GERTRUDE LÜBBE-WOLFF, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte...*, cit., págs. 69 e segs. Cfr. ainda PETER HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2*

Todavia, uma resposta constitucionalmente adequada ao problema aqui em apreciação, não pode ignorar a *dupla especificidade* da Constituição portuguesa em matéria de direitos sociais. Como é sabido, se no plano da Constituição económica a evolução do texto constitucional português foi marcada por uma ideia de abertura, na dimensão sócio-cultural, a Constituição de 1976, não só insiste num catálogo extenso de direitos sociais — alargado por via das sucessivas revisões constitucionais —, ignorando assim o lema “menos direitos fundamentais, melhores direitos fundamentais”⁽⁹⁰⁾, como associa aos direitos sociais um conjunto significativo de políticas públicas. Concretamente, por um lado, o legislador constitucional português não se limitou — e bem — a recusar uma Constituição sem direitos sociais ou com um *défice* deste tipo de direitos fundamentais⁽⁹¹⁾, optando, pelo contrário, por estender as pretensões jusfundamentais de natureza social muito para além do universo dos direitos sociais básicos⁽⁹²⁾. O texto constitucional português está assim nas antípodas do modelo constitucional — desenhado por JOHN RAWLS — no qual os princípios que controlam as desigualdades sociais e económicas e, mais concretamente, o *difference principle* não integram *the Idea of Constitutional Essentials*⁽⁹³⁾. Por outro lado, como lembra GOMES CANOTILHO, “uma coisa é recortar juridicamente o catálogo de direitos da terceira geração e outra fazer acompanhar a positivização dos direitos de um complexo de imposições constitucionais tendencialmente conformadores de políticas públicas de direitos económicos, sociais e culturais. Assim, e a título de exemplo, se (...) é indiscutível a consagração de um direito de acesso a todos os graus de ensino, já é problemático plasmar na Constituição a gratuidade do acesso a todos os graus de ensino, não só porque isso pode conduzir a uma excessiva rigidez na política pública de ensino, mas também porque pode colocar a Constituição no centro das querelas acerca dos limites do Estado Social e da ingovernabilidade. A isto se deve acrescen-

Grundgesetz, Heidelberg, 1983, págs. 126 e segs. (bem como PETER HÄBERLE, *Grundrechte im Leistungsstaat...*, cit., págs. 85 e 86); ROLF ECKHOFF, *Der Grundrechtseingriff...*, cit., *passim*. Cfr., por fim, MARTIN BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien...*, cit., págs. 298 e segs., bem como 349 e segs.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Algumas reflexões...*, cit., pág. 965. Cfr., sublinhando que a sociedade actual vive mergulhada num quadro reivindicativo em matéria de direitos, GREGORIO ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Madrid, 1997, págs. 33 e segs.

⁽⁹¹⁾ Cfr. PETER HÄBERLE, *Grundrechte im Leistungsstaat...*, cit., pág. 99.

⁽⁹²⁾ Cfr., por exemplo, sublinhando que necessidades não se confundem com preferências e devem apresentar-se como necessidades básicas, devendo os direitos sociais ser reconduzidos apenas a algumas categorias fundamentais (concretamente, “rights to adequate minimum income, adequate housing, adequate education and adequate health care”), CÉCILE FABRE, *Social Rights Under the Constitution*, Oxford, 2000, *passim*.

⁽⁹³⁾ Cfr. JOHN RAWLS, *Political Liberalism*, New York, 1993, págs. 227 e segs.

tar que a consagração de certos postulados — a gratuidade de todos os graus de ensino — pode apontar para soluções em clara dissonância com a própria mensagem emancipatória que justificou a sua inclusão no texto constitucional” (94) (95).

A opção constitucional portuguesa impõe cautelas acrescidas na afirmação de uma normatividade reforçada dos direitos sociais. Curiosamente, o próprio texto constitucional (em alguns casos, numa opção literal não confirmada por uma interpretação teleologicamente comprometida), talvez para compensar a *sobrecarga* de direitos sociais, acentuou os traços diferenciadores a nível de regime entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais em vez de relativizar a relevância da distinção (v. g. a referência aos direitos, liberdades e garantias nos artigos 21.º e 22.º) (96). Seja como for, no quadro de uma Constituição que associa a consagração de numerosos direitos sociais e a imposição de políticas públicas de direitos sociais (97), é fundamental assegurar que, na densificação dos direitos sociais, o legislador disponha continuamente “de uma liberdade de conformação política, nomeadamente através de uma livre apreciação das possibilidades financeiras e económicas” (98).

V. As novas configurações da proibição do retrocesso, se bem que sugestivas, insistem na ideia fundamental que o legislador, uma espécie de Rei Midas, ao concretizar um direito social, pode conferir imediatamente fundamentalidade à solução legal consagrada (99). Dir-se-ia que, por um processo de osmose lei/Constituição, a concretização legal dos direitos sociais seria, assim, sem mais elevada ao nível constitucional (100). As palavras de JORGE REIS NOVAIS são bem elucidativas: quando ocorre, no plano ordinário, uma intervenção restritiva de um direito social concretizado por normas ordinárias, “ela deve ser sindicada tendo em conta, não apenas a norma constitucional, normalmente limitada a afirmações

(94) Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Revisar la / o romper con la Constitution dirigente?*, cit., pág. 21.

(95) O entendimento adoptado no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 590/04 é ilustrativo. Neste aresto, a propósito da revogação do regime de crédito jovem bonificado para habitação, a maioria dos juízes do Palácio Ratton sublinharam que as diversas tarefas impostas ao Estado no artigo 65.º, e em especial no próprio n.º 3, são distintas e complementares (“o Estado adoptará uma política tendente a estabelecer um sistema de renda compatível com o rendimento familiar e de acesso à habitação própria”). Ou seja, na perspectiva que obteve acolhimento no Tribunal Constitucional, “trata-se de duas políticas distintas e necessariamente complementares, pelo que a prossecução de uma delas não pode dispensar nem substituir a outra”.

(96) Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação...*, II, cit., págs. 241 e 242.

(97) Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Metodologia «fuzzy»...*, cit., págs. 101 e 112-114.

(98) Cfr. J. M. SÉRVULO CORREIA, *Interrelação...*, cit., pág. 970.

(99) Cfr. JOSÉ DE SOUSA E BRITO, Declaração de voto anexa ao Acórdão n.º 148/94; CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Direito Constitucional II — Relatório*, Lisboa, 2001, pág. 178.

(100) Cfr. JOSÉ CASALTA NABAIS, *O dever fundamental de pagar impostos...*, cit., pág. 174.

de ordem genérica e com recurso a conceitos vagos e indeterminados, mas também a norma ordinária que concretizara” ⁽¹⁰¹⁾. Um tal entendimento suscita, porém, muitas reservas.

Não se nega, certamente, que a diferença entre Direito Constitucional e Direito Legal não impede que se reconheça relevância jusfundamental às restrições de posições jurídico-procedimentais ou jurídico-organizacionais constituídas através do Direito ordinário ⁽¹⁰²⁾. Assim, por exemplo, em relação ao dever de protecção de direitos, liberdades e garantias — e à correspondente proibição de défice de legislação —, a supressão sem substituição das normas procedimentais de Direito Nuclear ou de Direito Ambiental destinadas a proteger a vida ou a saúde das pessoas pode, porventura, ser qualificada como uma *Eingriff* no direito fundamental à vida ou à integridade física ⁽¹⁰³⁾. O mesmo problema pode pôr-se a propósito da manutenção da normação legal que se destina a proteger positivamente os direitos fundamentais — v. g. alargamento da despenalização do aborto ou legalização da eutanásia sem adequadas garantias procedimentais ⁽¹⁰⁴⁾. Aliás, tradicionalmente, a relevância constitucional do Direito Legal estava bem evidenciada na teoria das garantias institucionais enquanto garantias jusfundamentais de um instituto jurídico constituído por via infralegal ⁽¹⁰⁵⁾. Ora, mesmo em relação a alguns direitos sociais, como por exemplo, o direito à segurança social, não está excluído que se possa justamente invocar a teoria das garantias institucionais para assegurar a preservação dos traços fundamentais da configuração legal do sistema de segurança social ⁽¹⁰⁶⁾.

Todavia, na ordem constitucional portuguesa, e sem prejuízo do eventual recurso à figura das garantias institucionais, o alargamento em geral do âmbito de protecção do direito fundamental para além dos limites que, *prima facie*, decorrem do correspondente preceito constitucional ⁽¹⁰⁷⁾ deve ser realizado no quadro da cláusula aberta. Alguns autores sublinham, a este propósito, que,

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais...*, cit., pág. 308.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. GERTRUDE LÜBBE-WOLFF, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte...*, cit., págs. 76 e 77.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. GERTRUDE LÜBBE-WOLFF, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte...*, cit., pág. 76.

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr. GERTRUDE LÜBBE-WOLFF, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte...*, cit., págs. 136 e segs.

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. GERTRUDE LÜBBE-WOLFF, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte...*, cit., págs. 80 e seg., bem como págs. 127 e segs.

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr. JÖRG LÜCKE, *Soziale Grundrechte als Staatszielbestimmungen und Gesetzgebungsaufträge*, in *AöR*, artigo 107.º, 1982, págs. 29 e segs. Cfr., entre nós, TIAGO FIDALGO DE FREITAS, *O princípio da proibição de retrocesso social...*, cit., pág. 839.

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. GERTRUDE LÜBBE-WOLFF, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte...*, cit., pág. 150.

para que a garantia de estabilidade das situações ou posições jurídicas criadas pela lei em concretização dos preceitos constitucionais sobre direitos sociais seja de grau máximo é preciso que o respectivo conteúdo “possa (deva) ser considerado materialmente constitucional” ⁽¹⁰⁸⁾. E, para este efeito, e para que as soluções materialmente constitucionais gozem de uma tutela reforçada, não basta simplesmente referir a necessidade de as soluções legais terem “adquirido uma suficiente consolidação e consistência na consciência comunitária geral” ⁽¹⁰⁹⁾ ou terem passado “a fazer parte do «*acquis constitucional*»” ⁽¹¹⁰⁾. É preciso, pelo contrário, encontrar uma base jurídico-constitucional para ancorar dogmaticamente um tal fenómeno ⁽¹¹¹⁾. Ora, na Constituição de 1976, por força do artigo 16.º, n.º 2, tal só pode acontecer quando a concretização legal dos direitos sociais esteja abrangida pela cláusula aberta. Significa isto que a protecção reforçada das posições jurídicas subjectivas conferidas por lei em concretização de normas consagradoras de direitos sociais — e a aplicabilidade, por força do artigo 17.º, do regime das leis restritivas plasmado no artigo 18.º — pressupõe, no quadro da cláusula aberta, não só a existência de uma analogia *material* com os direitos fundamentais formalmente constitucionais, mas também a verificação de uma analogia *procedimental* (isto é, na formulação por exemplo do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 150/85, é necessário que o direito infraconstitucional esteja tão radicado na consciência jurídica colectiva, como elemento *fundamental* do ordenamento, que dele se possa dizer que verdadeiramente passou a integrar o *bloco de constitucionalidade*) ⁽¹¹²⁾.

Os pressupostos restritivos da cláusula aberta — que não são apesar de tudo impeditivos da recepção de direitos sociais fundados na lei (obviamente quando exista um radical subjectivo na concretização legal da norma constitucional) — inculca, ainda assim, a rejeição de leituras *maximalistas* que transformem o artigo 16.º, n.º 1, da Constituição numa porta *escancarada* de direitos fundamentais sociais. É que, como pano de fundo, mantém-se o princípio da ilegitimidade de uma compressão desmesurada da liberdade de conformação que, num Estado democrático, deve caber ao legislador ordinário na concretização dos direitos sociais ⁽¹¹³⁾.

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, cit., 3.ª ed., pág. 409.

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. JOSÉ CASALTA NABAIS, *O dever fundamental de pagar impostos...*, cit., pág. 174.

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. J. M. CARDOSO DA COSTA, Declaração de voto anexa ao Acórdão n.º 39/84.

⁽¹¹¹⁾ Cfr., sobre a insuficiência de um genérico apelo à radicalização na consciência jurídica geral, TIAGO FIDALGO DE FREITAS, *O princípio da proibição de retrocesso social...*, cit., págs. 812 e segs.

⁽¹¹²⁾ Cfr. RUI MEDEIROS, *O Estado de direitos fundamentais português...*, cit., págs. 26 e segs.

⁽¹¹³⁾ Cfr., porém, TIAGO FIDALGO DE FREITAS, *O princípio da proibição de retrocesso social...*, cit., págs. 824 e 825.

Contra o entendimento adoptado, pode objectar-se que os direitos legais a prestações “estão, de algum modo, implícitos na regulação constitucional que concretizam”; esses direitos não “perdem o seu pretendido, evidente e bem demarcado (...) carácter de posições jurídicas legais”, sendo que a história, a *ratio* e o modo de funcionamento” da cláusula aberta “de modo algum amparariam o entendimento oposto”. Assim, por exemplo, “o direito ao rendimento mínimo garantido é apenas uma das modalidades pensáveis da concretização do direito fundamental a um mínimo de existência”, só o legislador constitucional estando “habilitado a promover esse conteúdo legal a conteúdo constitucional definitivo” ⁽¹¹⁴⁾.

A verdade, porém, é que com a invocação da cláusula aberta não se pretende, de modo algum, constitucionalizar as concretas configurações legais dos direitos derivados a prestações. Do que se trata é tão-somente de reconhecer — no quadro de uma visão que recusa a ideia de que o artigo 16.º, n.º 1, tem exclusivamente em vista direitos fundamentais enquanto situações jurídicas compreensivas e que admite, pelo contrário, que a cláusula aberta também permite receber direitos fundamentais analiticamente considerados — que, embora o conteúdo dos direitos sociais não esteja constitucionalmente determinado, é possível que haja opções políticas fundamentais subjacentes à concretização legal de um direito social que beneficiem da extensão da cláusula aberta e que, a partir desse momento, reduzam ou eliminem a indeterminação constitucional quanto ao conteúdo do direito social previamente existente. Obviamente, mesmo nestes casos, o legislador pode restringir o direito fundamental legal ou adoptar outros modos de concretização ⁽¹¹⁵⁾. Mas, verificada a analogia material e procedimental de que depende a aplicação da cláusula aberta — e, portanto, os respectivos pressupostos restritivos —, nada impede que se reconheça que o direito social concretizado legalmente passa a integrar, no seu âmbito de protecção constitucionalmente garantido, certas pretensões jusfundamentais ⁽¹¹⁶⁾.

VI. A ideia de que, sempre que o legislador afecta o grau já obtido de realização dos direitos sociais, essa afectação — mesmo fora do quadro da cláusula aberta — deve ser dogmaticamente identificada como uma restrição de direitos fundamentais sujeita ao controlo típico aplicável a qualquer outra restrição a

⁽¹¹⁴⁾ Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação...*, II, cit., págs. 372-373, em nota.

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual...*, IV, cit., pág. 442.

⁽¹¹⁶⁾ Cfr., reconhecendo, aliás, que, “teoricamente, não pode excluir-se a hipótese de, no processo de desenvolvimento do direito (...)”, vir a ser conferida a uma determinada posição jurídica concretizadora de um direito fundamental social um grau tão elevado de fundamentalidade que conduza a uma exigência de autonomização de uma nova garantia jusfundamental, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação...*, II, cit., pág. 372, em nota.

direitos fundamentais ⁽¹¹⁷⁾, desvaloriza a diferença estrutural — constitucionalmente assumida — entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais.

É certo que é, à primeira vista, impressiva a perspectiva que reconduz esta problemática à opção entre *direitos fundamentais em função da capacidade de prestação económica do Estado* ou, em alternativa, *Estado de prestações segundo o critério dos direitos fundamentais* ⁽¹¹⁸⁾. Ora, colocada a questão nesta óptica, e assumindo que os direitos sociais são verdadeiros direitos fundamentais, porventura distinguindo-se apenas dos direitos, liberdades e garantias de modo *gradual* ⁽¹¹⁹⁾, é com naturalidade que se conclui pela “subordinação do Direito orçamental ao *Direito* e, particularmente, ao *Direito constitucional*” ⁽¹²⁰⁾.

Todavia, numa perspectiva constitucionalmente comprometida, não se pode ignorar a *diferença estrutural*, já assinalada, que separa os direitos, liberdades e garantias dos direitos sociais ⁽¹²¹⁾. Não se trata, portanto, de um problema de ponderação entre princípios constitucionais em concreto conflituantes (v. g. princípio da vinculação do legislador aos direitos sociais *versus* princípio da competência decisória do legislador ordinário) ⁽¹²²⁾. É a própria estrutura das normas consagradoras de direitos sociais que abre a porta a uma ampla liberdade de conformação do legislador ordinário. A nossa posição situa-se, portanto, nas antípodas da concepção que preconiza que, do ponto de vista da sua estrutura jurídica, todos os direitos fundamentais são “idênticos, já que todos eles apresentam uma vertente negativa, implicando um direito de defesa contra agressões públicas, em simultâneo com uma vertente positiva, que obriga à actuação dos poderes públicos para a sua realização”, possuindo portanto “uma mesma identidade estrutural (complexa)” ⁽¹²³⁾.

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *O Tribunal Constitucional e os direitos sociais...*, cit., pág. 7.

⁽¹¹⁸⁾ Cfr., neste sentido, sublinhando que a questão é “«Grundrechte nach Maßgabe der ökonomischen Leistungsfähigkeit des Leistungsstaats» oder «Leistungsstaat nach Maßgabe der Grundrechte»”, PETER HÄBERLE, *Grundrechte im Leistungsstaat...*, cit., pág. 113.

⁽¹¹⁹⁾ Cfr., defendendo justamente que todos os direitos fundamentais são direitos sociais em sentido amplo e que, em rigor, a diferença entre direitos fundamentais clássicos e direitos sociais é apenas gradual, PETER HÄBERLE, *Grundrechte im Leistungsstaat...*, cit., págs. 43 e segs.

⁽¹²⁰⁾ Cfr. CRISTINA QUEIROZ, *O princípio da não reversibilidade...*, cit., pág. 47.

⁽¹²¹⁾ Cfr., assinalando justamente este aspecto, ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Die sozialen Grundrechte im Verfassungs...*, cit., págs. 9 e segs. Cfr., considerando que, em relação aos direitos de configuração legal, a função do legislador ordinário assume uma natureza qualitativamente diferente, cabendo à lei participar na tarefa quase-constituente de delimitação do âmbito e do conteúdo do direito fundamental, MEDINA GUERRERO, *La vinculacion negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, 1996, pág. 21, em nota.

⁽¹²²⁾ Cfr., porém, CRISTINA QUEIROZ, *O princípio da não reversibilidade...*, cit., págs. 50-51 e 78-79.

⁽¹²³⁾ Cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA, *A cultura a que tenho direito...*, cit., págs. 35 e 36.

A *específica dependência* ⁽¹²⁴⁾ dos direitos sociais não está constitucionalmente configurada como uma solução meramente transitória, não sendo um mero *capricho* do legislador constitucional ⁽¹²⁵⁾. O princípio da alternância democrática, sob pena de ter “uma subsistência meramente formal, inculca a revisibilidade das opções político-legislativas, ainda quando estas assumam o carácter de opções legislativas fundamentais” ⁽¹²⁶⁾. Significa isto que, num Estado democrático, cabe aos órgãos legislativos, renovados e legitimados através de eleições, a prerrogativa de avaliação sobre o modo de afectação de recursos escassos à satisfação das diferentes e muito heterogéneas necessidades colectivas. Por isso, no processo de concretização do Estado social, assume relevância fundamental a temática da participação dos cidadãos na formação da vontade colectiva, uma vez que integra o estatuto de cidadania num Estado democrático o direito de influenciar a concreta conformação da concretização dos direitos sociais ⁽¹²⁷⁾.

É certo que, no caso que esteve na origem do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 509/2002, sobre o Rendimento Social de Inserção, o Presidente da República argumentou no sentido de que, mesmo “atendendo à natureza sob reserva do possível ou do financeiramente possível que os direitos sociais apresentam (...), o Estado só pode afectar o conteúdo realizado dos direitos sociais ou dos direitos derivados a prestações neles baseados quando se sustente numa comprovada incapacidade material, designadamente financeira, para manter a medida entretanto reconhecida de realização daqueles direitos ou quando a tal se veja compelido por força da necessária realização de outros valores de natureza constitucional”.

A verdade, contudo, é que o problema não reside apenas na verificação de que os direitos sociais dependem da capacidade de prestação do Estado ⁽¹²⁸⁾. Sem dúvida que, mesmo nesta perspectiva, importa ter consciência que a *reserva do possível* tem uma dupla função, pois, além de poder constituir *limite absoluto*, por força das restrições à tributação dos contribuintes que devem ser salvaguardadas numa ordem de liberdade ⁽¹²⁹⁾, coloca igualmente os direitos a pres-

⁽¹²⁴⁾ Cfr. PETER BADURA, *Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung um Recht der BRD*, in *Der Staat*, 1975, pág. 26.

⁽¹²⁵⁾ Cfr., se bem que a propósito da solução constitucional espanhola, ANA ABA COTOIRA, *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, Valencia, 1999, pág. 38.

⁽¹²⁶⁾ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 509/2002.

⁽¹²⁷⁾ Cfr. HANS MICHAEL HEINIG, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit...*, cit., pág. 458.

⁽¹²⁸⁾ Cfr. GEORG BRUNNER, *Die Problematik der sozialen Grundrechte*, in *Recht und Staat*, 1971, pág. 17.

⁽¹²⁹⁾ Cfr., confirmando justamente que a liberdade constitui, não apenas fundamento, mas também limite do Estado Social, HANS MICHAEL HEINIG, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit...*, cit., págs. 555 e segs.

tações sob reserva daquilo que *razoavelmente* os particulares podem exigir numa ordem jurídica socialmente comprometida, o que convoca uma ideia de ponderação ⁽¹³⁰⁾. Todavia, para além desta dimensão, não se pode obliterar que a efectivação dos direitos sociais *custa dinheiro* — ou, atendendo a que a realização dos direitos, liberdades e garantias também pode envolver a afectação de recursos financeiros ⁽¹³¹⁾, a efectivação dos direitos sociais pode *custar muito dinheiro* ⁽¹³²⁾. Justamente porque os instrumentos de realização do Estado Social envolvem, não apenas o Direito, mas também o Dinheiro ⁽¹³³⁾, não se pode perder de vista, atendendo a esta *face oculta dos direitos fundamentais* ⁽¹³⁴⁾, que, mesmo em conjunturas económicas favoráveis, os recursos são sempre escassos e, por isso, perante uma inflação de pretensões possíveis, continua a ser fundamental estabelecer prioridades ⁽¹³⁵⁾. E, num Estado democrático, uma tal ponderação e a consequente fixação das concretas prioridades é tarefa do legislador ordinário ⁽¹³⁶⁾. Ora, não havendo qualquer preferência do legislador que concretizou primeiro o direito social, o princípio da alternância democrática não pode impedir que, mesmo na ausência de “constrangimentos financeiros inultrapassáveis” ⁽¹³⁷⁾, os novos órgãos legitimados democraticamente definam novas prioridades políticas. Neste sentido, o processo de concretização do Estado Social é um *processo aberto e dinâmico* ⁽¹³⁸⁾.

Por outras palavras, parafraseando JOSÉ DE SOUSA E BRITO, além de os recursos disponíveis e, especialmente, os meios orçamentais serem limitados, não se pode olvidar que o Estado é chamado a concretizar uma pluralidade de

⁽¹³⁰⁾ Cfr. HANS MICHAEL HEINIG, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit...*, cit., págs. 383 e segs.

⁽¹³¹⁾ Cfr., neste sentido, referindo-se aos próprios direitos fundamentais clássicos, STEPHEN HOLMES / CASS R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights*, New York — London, 1999, págs. 15 e 35 e segs.

⁽¹³²⁾ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Metodologia «fuzzy»...*, cit., pág. 107. Cfr., sublinhando que aqui se revela o “cavalo de Tróia” do próprio modelo constitucional de bem-estar, PAULO OTERO, *Instituições Políticas...*, I, cit., pág. 467.

⁽¹³³⁾ Cfr., referindo sugestivamente que “*die klassischen Mittel des Wohlfahrtsstaates sind Recht und Geld*”, HANS MICHAEL HEINIG, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit...*, cit., pág. 555.

⁽¹³⁴⁾ Cfr. JOSÉ CASALTA NABAIS, *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*, in *Por uma liberdade com Responsabilidade*, Coimbra, 2007, págs. 163 e segs.

⁽¹³⁵⁾ Cfr. WINFRIED BROHM, *Soziale Grundrechte und Staatszielbestimmungen in der Verfassung*, in *JZ*, 1994, pág. 216.

⁽¹³⁶⁾ Cfr., entre tantos, ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Die sozialen Grundrechte im Verfassung...*, cit., págs. 10 e segs.

⁽¹³⁷⁾ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais...*, cit., pág. 302.

⁽¹³⁸⁾ Cfr. HANS MICHAEL HEINIG, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit...*, cit., págs. 32 e segs., bem como págs. 450 e seg.

comandos constitucionais. Assim, por exemplo, os custos do ensino superior concorrem com os de outras políticas do Estado, algumas delas impostas por semelhantes comandos de optimização correspondentes a incumbências constitucionais, como é o caso, desde logo, dos custos dos restantes graus do ensino, mas também do serviço nacional de saúde e do sistema de segurança social, das redes nacionais de assistência materno-infantil e de creches e de infra-estruturas de apoio à família, da eliminação do analfabetismo, etc. Ora, em rigor, a Constituição não só não estabelece prioridades entre estas e outras incumbências constitucionais, como também — numa ordem constitucional que não reduz a política à mera execução da Constituição ⁽¹³⁹⁾ — não as estabelece entre tais políticas constitucionalmente obrigatórias e outras políticas que são deixadas à livre escolha dos eleitores e dos partidos políticos e que se definem vinculativamente no programa do Governo, nas grandes opções dos planos nacionais, no Orçamento do Estado e nas leis. O estabelecimento da ordem das prioridades políticas conjunturais deve mesmo considerar-se uma função irrenunciável, em cada momento histórico, do legislador democrático e tem expressão emblemática no programa do Governo e no Orçamento do Estado, que são por isso especialmente aprovados, e cuja execução é especialmente fiscalizada, pela Assembleia da República. Neste sentido, a separação constitucional de poderes impede o juiz de se arvorar em legislador, nomeadamente em matéria de direitos sociais a prestações, através da organização de meios públicos para as proporcionar. A chamada reserva do possível não legitima, portanto, restrições na concretização de cada direito social apenas em conjunturas de incapacidade financeira do Estado ⁽¹⁴⁰⁾.

A conclusão só será diversa quando — não operando a clausula aberta — for possível descortinar em algumas das dimensões de um direito social (tomado como um todo) um conteúdo essencialmente determinável ao nível das opções constitucionais e, portanto, garantido independentemente da lei. Nestes casos, como foi já referido, a aplicação do regime das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias advém do reconhecimento de que, na dimensão em causa, o direito social apresenta uma estrutura análoga à dos direitos, liberdades e garantias e, nessa medida, por força do artigo 17.º, beneficia do regime aplicável a esta categoria de direitos fundamentais. Mas, entre este *mínimo* garantido e a protecção *máxima* adveniente da constitucionalização de pretensões fundadas na lei por via da cláusula aberta ⁽¹⁴¹⁾, subsiste um amplo espaço de conformação aberto ao legislador ordinário legitimado democraticamente, não havendo fun-

⁽¹³⁹⁾ Cfr. HANS MICHAEL HEINIG, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit...*, cit., pág. 386.

⁽¹⁴⁰⁾ Cfr. JOSÉ DE SOUSA E BRITO, Declaração de voto anexa ao Acórdão n.º 148/94.

⁽¹⁴¹⁾ Cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, cit., 3.ª ed., pág. 407.

damento constitucional para legitimar qualquer *petrificação* da normação legal concretizadora de direitos sociais ⁽¹⁴²⁾.

VII. Ao contrário do que uma visão reducionista excessivamente simplista e pouco rigorosa sugere, assente numa opção de estrutura bipolar construída a partir do esquema redutor *Entweder-oder*, a acentuação da liberdade de conformação do legislador na revisitação da legislação concretizadora de direitos sociais defendida no presente estudo — ou, em termos mais rigorosos, a rejeição de um princípio geral de um *acquis* do Direito legal concretizador das normas constitucionais sobre direitos sociais ⁽¹⁴³⁾ — não converte os direitos sociais num “*nudum ius*” ⁽¹⁴⁴⁾ ou em meras promessas programáticas ⁽¹⁴⁵⁾ ou direitos *aparentes* ⁽¹⁴⁶⁾, não implicando “o «grau zero» de vinculatividade jurídica dos preceitos consagradores de direitos fundamentais sociais” ⁽¹⁴⁷⁾, sujeitos assim a meras considerações de oportunidade política ⁽¹⁴⁸⁾. Com efeito, mesmo sem insistir nas diversas dimensões em que se continua a manifestar a normatividade dos direitos sociais ⁽¹⁴⁹⁾, as intervenções legislativas em direitos sociais que já foram anteriormente objecto de concretização legal não se situam num terreno constitucionalmente neutro. Pelo contrário, na revisitação da concretização legal dos direitos sociais não pode o legislador ignorar a dimensão de princípios just-fundamentais materiais que assiste a estes direitos fundamentais ⁽¹⁵⁰⁾. O retrocesso legislativo pode, designadamente, ser inconstitucional, não apenas quando ocorre, nos termos gerais, uma violação do princípio da dignidade da pessoa humana ou do princípio da protecção da confiança — ou, inclusivamente, da garantia constitucional da propriedade privada ⁽¹⁵¹⁾ —, mas também quando são violados os princípios da proporcionalidade ou da igualdade ⁽¹⁵²⁾. Mas, em face da tendência de alguns autores para conferir uma configuração especí-

⁽¹⁴²⁾ Cfr. HANS MICHAEL HEINIG, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit...*, cit., pág. 453.

⁽¹⁴³⁾ Cfr. HANS MICHAEL HEINIG, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit...*, cit., pág. 453.

⁽¹⁴⁴⁾ Cfr. GEORG BRUNNER, *Die Problematik der sozialen Grundrechte...*, cit., pág. 12.

⁽¹⁴⁵⁾ Cfr. TERESA VICENTE GIMÉNEZ, *La exigibilidad de los derechos sociales...*, cit., pág. 99.

⁽¹⁴⁶⁾ Cfr., neste sentido, JAVIER JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales — conceptos y garantías*, Madrid, 1999, págs. 17 e segs., 59 e segs., e 121 e segs.

⁽¹⁴⁷⁾ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Metodologia «fuzzy»...*, cit., pág. 109.

⁽¹⁴⁸⁾ Cfr. HANS MICHAEL HEINIG, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit...*, cit., págs. 6 e 386.

⁽¹⁴⁹⁾ Cfr., por exemplo, JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais...*, cit., págs. 297 e segs.

⁽¹⁵⁰⁾ Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação...*, II, cit., pág. 243.

⁽¹⁵¹⁾ Cfr., sobre o problema, HANS MICHAEL HEINIG, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit...*, cit., págs. 517 e segs.

⁽¹⁵²⁾ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais...*, cit., pág. 294.

fica aos crivos da proporcionalidade e da igualdade no controlo da legislação que redimensiona os direitos legais a prestações, impõe-se ainda aqui uma nota final.

O reconhecimento de que as opções legislativas em matéria de concretização dos direitos sociais estão submetidas ao princípio da proporcionalidade não significa que lhes seja aplicável o regime das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias — marcado pela ideia do *carácter restritivo das restrições* ⁽¹⁵³⁾. Do que se trata é tão-somente de afirmar que a actividade legislativa neste domínio está submetida ao crivo (aberto) imposto pelo princípio da proporcionalidade. E, neste plano, se bem que deva ser recusada a tentação de uma hierarquização abstracta e *a priori*, dever-se-á atender, entre outros aspectos, à “diferente valoração da importância, do peso ou da imprescindibilidade” ⁽¹⁵⁴⁾ do concreto bem protegido pelo direito social ou pela sua anterior concretização legal. Neste sentido, em vez de respostas gerais, forçoso será reconhecer que, na heterogeneidade do catálogo português de direitos fundamentais, alguns direitos sociais são *privilegiados* ⁽¹⁵⁵⁾ e, nessa medida, estão mais protegidos perante a lei.

Considerações análogas valem em relação ao controlo à luz do princípio da igualdade. Com efeito, mesmo deixando agora as hipóteses em que estão em causa condições mínimas inerentes à dignidade da pessoa humana ou outras pretensões jusfundamentais de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias, em que o problema em rigor nada tem que ver com uma proibição de retrocesso, mas, por força do disposto nos artigos 17.º e 18.º, com o respeito pelo regime das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, uma lei que represente um retrocesso na concretização dos direitos sociais não pode deixar de estar sujeita, nos termos gerais, ao princípio da igualdade. Há quem diga, no entanto, que esta ideia de uma *proibição de retrocesso arbitrário*, embora não impeça “a «marcha-atrás» ou a evolução em sentido retrógado dos direitos fundamentais” ⁽¹⁵⁶⁾, está sujeita, ainda assim, a uma dupla e específica condicionante. Por um lado, deve exigir-se ao decisor legislativo “um dever de fundamentar a solução modificativa a introduzir”, abrindo-se, por esta via, a subsequente possibilidade de controlo judicial sobre a validade e idoneidade da justificação usada face à alteração introduzida” ⁽¹⁵⁷⁾. Ou seja, “o retrocesso não se encontra impedido, desde que exista uma fundamentação justificativa da necessidade

⁽¹⁵³⁾ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual...*, IV, cit., págs. 375 e segs.

⁽¹⁵⁴⁾ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais...*, cit., págs. 705 e 706.

⁽¹⁵⁵⁾ Cfr., a propósito da jurisprudência constitucional portuguesa, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação...*, II, cit., págs. 593 e segs.

⁽¹⁵⁶⁾ Cfr. PAULO OTERO, *Instituições Políticas...*, I, cit., págs. 595 e segs.

⁽¹⁵⁷⁾ Cfr. PAULO OTERO, *Instituições Políticas...*, I, cit., pág. 596.

e adequação da medida” ⁽¹⁵⁸⁾. Por outro lado, ainda segundo a mesma concepção, as normas jusfundamentais passam a gozar, com a sua concretização por via legislativa, “de uma garantia de eficácia reforçada: somente se existir uma razão de necessidade que se mostre adequada é possível reduzir, amputar ou baixar o grau de reconhecimento ou de implementação já alcançado de um direito fundamental” ⁽¹⁵⁹⁾. A verdade, porém, é que este entendimento não se limita a afirmar, nos termos gerais, a existência de uma proibição de “arbítrio na decisão do retrocesso em matéria de direitos fundamentais”. E os requisitos suplementares que introduz e acrescenta não têm base constitucional. Efectivamente, embora a Constituição consagre o dever de fundamentação expressa dos actos administrativos que afectem direitos ou interesses legalmente protegidos dos particulares (artigo 268.º, n.º 3), não se vislumbra fundamento constitucional para impor idêntica exigência às leis que revisitam a concretização legal de direitos sociais. Noutra plano, mesmo que se reconheça, em matéria de intensidade de controlo do respeito pelo princípio da igualdade, a insuficiência do simples apelo a uma ideia de proibição de arbítrio e se apele a uma *neue Formel* mais exigente, *maxime* quando estão em causa manifestações do princípio da dignidade da pessoa humana no quadro de uma ordem de liberdade, a exigência de uma razão de necessidade adequada a justificar o retrocesso constitui um elemento espúrio na teoria geral do controlo da actividade legislativa em geral à luz do princípio fundamental da igualdade.

⁽¹⁵⁸⁾ Cfr. PAULO OTERO, *Instituições Políticas...*, I, cit., pág. 599.

⁽¹⁵⁹⁾ Cfr. PAULO OTERO, *Instituições Políticas...*, I, cit., pág. 596.

de Ciências Jurídico-Políticas e Ciências Jurídico-Económicas. A partir de 1988, exerceu as funções de professor auxiliar do Grupo de Ciências Jurídico-Políticas. Aprovado por unanimidade, em Julho de 1994, em concurso para professor associado do quadro da Faculdade de Direito de Lisboa. Aprovado por unanimidade, em Julho de 2007, em concurso para professor Catedrático da mesma Faculdade.

No exercício do professorado na Faculdade de Direito de Lisboa, teve a seu cargo regências de Direito Administrativo I, Direito Administrativo II, Contencioso Administrativo, Direitos Fundamentais e Direito Internacional Público I, no curso de licenciatura. Regeu também seminários de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas em Direito Administrativo, Contencioso Administrativo, Ciência Política e Direitos Fundamentais e, no Curso de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas, o seminário de Direito Administrativo.

Ensinou, como professor convidado, em cursos de D.E.A. (*Diplome d'études approfondies*) em Direito Público, em 1994, na Universidade de Paris II (Panthéon-Assas) e, em 1996, na Universidade de Paris I (Panthéon — Sorbonne).

I

Págs.

Filosofia do Direito e do Estado e Teoria do Direito

<i>Diogo Freitas do Amaral</i> , Um ou vários contratos sociais em Rousseau?	15
<i>José Lamego</i> , O “retorno a Kant” na filosofia do Direito actual	31
<i>Miguel Nogueira de Brito</i> , Sobre a distinção entre Direito Público e Direito Privado	43
<i>Paulo Ferreira da Cunha</i> , Do Estado e suas razões	75
<i>Pedro Múrias</i> , Weber e Hart sobre as perspectivas externa e interna: uma releitura	105

II

História do Direito

<i>Isabel Banond</i> , Um dos “arquivos” mais antigos e complexos da humanidade: algumas palavras acerca da ideia de liberdade	125
--	-----

III

Direito Constitucional

<i>Afonso d'Oliveira Martins</i> , Constituição e Educação. Uma Análise Crítica	155
<i>Andreia Sofia Pinto Oliveira</i> , O Novo Direito do Asilo Português	167
<i>Carla Amado Gomes/Dinamene de Freitas</i> , <i>Le Juge Constitutionnel et la Proportionnalité — Rapport du Portugal</i>	185
<i>Carlos Blanco de Moraes</i> , A sindicabilidade do direito da União Europeia pelo Tribunal Constitucional português	221
<i>Domingos Soares Farinho</i> , O direito fundamental de Fundação — Portugal entre a Alemanha e a Espanha	257
<i>J. J. Gomes Canotilho</i> , O Administrado e as suas máscaras	307
<i>Jaime Valle</i> , As convenções constitucionais no quadro das fontes do Direito Constitucional	319
<i>João Pacheco de Amorim</i> , Associações públicas e liberdade de associação	345
<i>Jorge Miranda</i> , Na hipótese de outra revisão constitucional	395
<i>Jorge Silva Martins</i> , A restrição de efeitos do juízo de invalidade: uma solução constitucional com implicações sistémicas	439
<i>José Casalta Nabais</i> , O estatuto constitucional dos consumidores	479

	Págs.
<i>José Renato Gonçalves</i> , Regionalismo político e desenvolvimento — nos 33 anos das Regiões Autónomas portuguesas	509
<i>Luís P. Pereira Coutinho</i> , Sobre a justificação das restrições aos direitos fundamentais	557
<i>Maria Benedita Urbano</i> , Referendo nacional: o balanço possível de 20 anos de desconfianças	575
<i>Mariana Melo Egídio</i> , Análise da estrutura das normas atributivas de direitos fundamentais. A ponderação e a tese ampla da previsão	611
<i>Miguel Galvão Teles</i> , Recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais arbitrais	637
<i>Rui Medeiros</i> , Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre a unidade e a diversidade	657

**ESTUDOS EM HOMENAGEM
AO PROF. DOUTOR
SÉRVULO CORREIA**

VOLUME I

**FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA**

2010