

# 40 ANOS DE DIREITOS SOCIAIS: UMA REFLEXÃO SOBRE O PAPEL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO SÉCULO XXI<sup>1</sup>

CATARINA SANTOS BOTELHO

**Resumo:** O conceito de 'direitos sociais' é polissémico, indeterminado e, sem dúvida, impreciso. Do esforço concetual de classificação conclui-se que os direitos sociais não redundam em utopia ou em meras quimeras pseudojurídicas. Os direitos fundamentais sociais possuem uma ligação umbilical com os princípios jurídicos da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade. Como comprova o exemplo português, a consagração constitucional de direitos sociais é uma característica dos textos constitucionais aprovados num contexto pós-regime autoritário/totalitário. Apesar da proibidade da positivação de direitos sociais nos textos constitucionais, o contexto de crise económico-financeira que vivemos espelhou uma nítida crise constitucional, em especial, uma crise de legitimação do Tribunal Constitucional, aliada ao debate, cada vez mais intenso e polarizado, sobre o papel dos direitos sociais no constitucionalismo do século XXI.

**Palavras-chave:** direitos sociais; liberdade digna; dignidade livre; aplicabilidade direta *lato sensu*; aplicabilidade direta *stricto sensu*; garantias não jurisdicionais; jurisprudência da crise.

## 1. O ESTADO SOCIAL E OS DIREITOS SOCIAIS

Duas observações prévias se impõem, antes de passarmos à análise propriamente dita do tema que nos propomos tratar. Em primeiro lugar, importa frisar que a solidariedade social não é um fenómeno exclusivo do Estado social, nem dos séculos XX e XXI. Em boa verdade, os mecanismos de interajuda que acompanharam o desenvolvimento da vida em comunidade

---

<sup>1</sup> Esta reflexão reúne, com significativas atualizações e densificações, algumas das considerações que tecemos na nossa dissertação de doutoramento, intitulada *Os direitos sociais em tempos de crise — Ou visitar as normas programáticas* e publicada pela Editora Almedina, em 2015.

foram, ao longo dos tempos, desempenhados por diversas “instâncias da sociedade civil”, tais como, em Portugal, as confrarias e as misericórdias<sup>2</sup>.

Uma segunda precisão a ser feita é a de que a génese histórica dos direitos sociais remonta aos movimentos liberais ocidentais, ainda que as suas raízes ideológicas se tenham alicerçado nos séculos anteriores<sup>3</sup>. No século XVIII, o movimento constitucional traduziu-se na positivação de catálogos de direitos fundamentais em Constituições escritas, concebidos como direitos de defesa dos indivíduos contra o Estado<sup>4</sup>. Tudo indicaria, pois, que os direitos sociais não enquadrariam este cenário político de separação *quasi*-total entre o Estado e a sociedade, em que o lugar de destaque era concedido aos valores da liberdade, segurança e propriedade.

No entanto, a Constituição francesa de 1793 estatuiu já que “a assistência pública é uma dívida sagrada”<sup>5</sup>. Não obstante e como a história veio a comprovar, de entre a tríade “liberdade, igualdade, fraternidade”, a fraternidade acabou por ser o “parente pobre”, tendo ficado confinada ao domínio da ética política e não tendo sido capaz de fundamentar posições juridicamente tuteladas<sup>6</sup>. Em sintonia, os artigos 237.º e 240.º da primeira Constituição por-

<sup>2</sup> CLEMENTE, Manuel, “Incidência da Doutrina Social da Igreja nos direitos económicos e sociais”, in AA.VV, *Tribunal Constitucional — 35.º Aniversário da Constituição de 1976*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 57-64, pp. 63-64, LOUREIRO, João Carlos, *Adeus ao Estado Social? — A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 10-11, MEDEIROS, Rui, *Constitucionalismo de Matriz Lusófona*, Lisboa: Verbo, 2011, p. 24, nt. 10, e MIRANDA, Jorge, “Os novos paradigmas do Estado social”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 9, 2012, pp. 181-197, pp. 190-191.

<sup>3</sup> Em especial, através de estudos de vários filósofos, dos quais realçamos THOMAS MORE (séculos XV-XVI), GEORG HEGEL (séculos XVIII-XIX), ALEXIS DE TOCQUEVILLE (século XIX). Cfr., para mais desenvolvimentos, CARBONELL, Miguel, “Los Derechos Sociales: Elementos para una lectura en clave normativa”, in AA.VV (coord. ESPINOZA DE LOS MONTEROS, J. e ORDÓÑEZ, J.) *Los Derechos Sociales en el Estado Constitucional*, Valencia: Tirant to blanch, 2013, pp. 199-231, p. 200, nt. 4, DURHAM, Cole, “General Assessment of the Basic Law — An American View”, in AA.VV (ed. Paul Kirchhof e Donald P. Kommers) *Germany and its Basic Law — Past, Present and Future: a German-American Symposium*, Baden-Baden: Nomos Verlag, 1993 pp. 37-63, p. 45, LUHMANN, Niklas, *Grundrechte als Institution — Ein Beitrag zur politistischen Soziologie*, Berlin: Duncker & Humblot, 1965, p. 209, MIRANDA (nota 3), pp. 187-188, OTERO, Paulo, *Instituições Políticas e Constitucionais*, I, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 333-336, POURHIET, Anne-Marie Le, “Le statut, le contenu et l’effectivité des droits culturels et sociaux de plus défavorisés en France”, in AA.VV (dir. Marc Verdussen) *Les droits culturels et sociaux des plus défavorisés*, Bruxelles: Bruylant, 2009, pp. 119-133, pp. 121-125, e TEIFKE, Nils, *Das Prinzip Menschenwürde*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2011, p. 95.

<sup>4</sup> JARASS, Hans D., “Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 3, 1995, pp. 345-381, pp. 347-348, e WEHR, Matthias, “Grundrecht und Grundrechtsgut”, in AA.VV (org. GORNIG, G. H. et al.) *Iustitia et Pax — Gedächtnisschrift für Dieter Blumenwitz* Schriften zum Völkerrecht, 176, Berlin: Duncker & Humblot, 2008, pp. 73-86, pp. 73-74.

<sup>5</sup> No seu artigo 21.º. A propósito, cfr. KASSIMATIS, Georg, “Entstehung- und Entwicklungsgeschichte des Sozialstaates”, in AA.VV (org. LLIPOPOULOS-STRANGAS, J.) *Soziale Grundrechte in Europa nach Lissabon — Eine rechtsvergleichende Untersuchung der nationalen Rechtsordnungen und des europäischen Rechts*, Human Rights — Menschenrechte — Droits de l’Homme, vol. 9, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2010, pp. 19-38, em especial, pp. 21-22.

<sup>6</sup> PERGOLESII, Ferruccio, *Alcuni lineamenti dei Diritti Sociali*, Milano: Giuffrè, 1953, p. 12.

tuguesa (1822) estipulavam a existência de “escolas suficientemente dotadas” “em todos os lugares do reino, onde convier” e apoio das Cortes e Governo a serviços assistência pública, em especial “casas de misericórdia e de hospitais civis e militares”<sup>7</sup>.

Na primeira metade do século XX, fortaleceu-se a ideia de um constitucionalismo vocacionado para a satisfação de preocupações de bem-estar económico, social e cultural, tanto na Constituição mexicana (1917) e na Constituição da República de Weimar (1919) como também, por influência destas, nas Constituições grega (1927), espanhola (1931) e portuguesa (1933)<sup>8</sup>.

Com efeito, se no Estado liberal se esperava que a intervenção estatal não agravasse as condições de vida dos seus cidadãos, o mote do Estado social é a intercessão positiva do Estado, pelo que se exige que o Estado “melhore” as condições de vida<sup>9</sup>. Não sem uma boa dose de humor, CARLA AMADO GOMES alude à passagem de um “Estado *retraído*” para um “Estado *atrevido*”<sup>10</sup>. Surgiu, por conseguinte, uma nova categoria de direitos fundamentais, designados de “direitos a prestações” ou, quanto a serviços já existentes, “direitos de quota-parte”<sup>11</sup>. Na nossa perspetiva, o florescimento normativo e político dos direitos sociais assenta numa atualizada relação entre o Estado e a sociedade, numa espécie de “contrato ético de cidadania”<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> BOTELHO, Catarina Santos, “A História faz a Constituição ou a Constituição faz a História? — Reflexões sobre a História Constitucional portuguesa”, *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, 2 (1), 2013, pp. 229-247.

<sup>8</sup> BOTELHO (nota 8), pp. 236-238.

<sup>9</sup> COSTA, Pietro, “Derechos sociales y democracia constitucional: un itinerario histórico”, in AA.VV. (COORD. ESPINOZA DE LOS MONTEROS, J. e ORDÓÑEZ, J.) *Los Derechos Sociales en el Estado Constitucional*, Valencia: Tirant to blanch, 2013, pp. 29-46, p. 29, FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón — Teoría del garantismo penal*, 10.<sup>a</sup> ed., Madrid: Trotta, 2011, p. 864, e KINGGREEN, Thorsten, *Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund — Gemeinschaftsrechtliche Einflüsse auf das deutsche Recht der gesetzlichen Krankenversicherung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, pp. 73-74.

<sup>10</sup> “Estado social e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes”, *RFDUP*, 7, 2010, pp. 19-34, p. 20.

<sup>11</sup> Cfr., entre outros, ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina, 2012, pp. 56-61, GONZÁLEZ MORENO, Beatriz, *El Estado Social — Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Madrid: Civitas, 2002, pp. 19-20, HUFEN, Friedhelm, *Staatsrecht II — Grundrechte*, 2.<sup>a</sup> ed., Verlag C.H. Beck, Munique, 2009, pp. 14-32, JARASS, Hans D., “Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 3, 1995, pp. 345-381, p. 350, LOUREIRO, João Carlos, “Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção e tecnociência. Algumas questões juspublicistas”, AA.VV. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra Editora: Coimbra, 2001, pp. 797-891, PIEROTH, Bodo, e SCHLINK, Bernhard, *Grundrechte Staatsrecht II*, 22.<sup>a</sup> ed., Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2006, pp. 16-27, SCHMIDT, Rolf, *Grundrechte sowie Grundzüge der Verfassungsbeschwerde*, 11.<sup>a</sup> ed., Bremen: Dr. Rolf Schmidt GmbH, 2009, pp. 5-32, e STERN, Klaus, “Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte”, in AA.VV. (ORG. ISENSEE, J. e KIRCHHOF, P.) *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3.<sup>a</sup> ed., Heidelberg: C. F. Müller, 2003, pp. 57-120, pp. 81-83.

<sup>12</sup> ABRIL, Ernesto, “La tutela de los derechos sociales y su relación conceptual con las nociones de Estado y ciudadanía”, in AA.VV. (ED. RIBOTTA, S. e ROSETTI, A.) *Los Derechos Sociales en el Siglo XXI. Un Desafío Clave para el Derecho y la Justicia*, Debates del Instituto Bartolomé de las Casas n.º 13, Madrid: Dykinson, 2010, pp. 129-147, p. 143.

A difundida expressão “Estado social de direito” é atribuída a HERMANN HELLER<sup>13</sup>. Seja como for e num esforço de exatidão concetual, interessa distinguir os conceitos de *Welfare State* (*Wohlfahrtsstaat*; *État-Providence*) e *social State* (*Sozialstaat*; *État social*), que, amiúde, são objeto de alguma confusão semântica<sup>14</sup>. Como já escrevemos, “enquanto o conceito de *Welfare State* se associa a considerações histórico-políticas (tais como o *New Deal*, nos Estados Unidos da América, ou o Estado-providência europeu que sucedeu à II Guerra Mundial), e o *Wohlfahrtsstaat* a uma abordagem de cariz económico ou sociológico<sup>15</sup>, já o *Estado social* é um conceito de índole normativa, que constitucionaliza as obrigações do Estado em causa em matéria de política social e económica<sup>16</sup>. Em termos concetuais e para alguma doutrina, o Estado Providência é, inclusivamente, um retrato “patológico” e obeso do Estado social<sup>17</sup>.

Numa perspetiva política, é importante sublinhar que o conceito de Estado social *não deve ser refém* de nenhuma conceção ideológica ou política<sup>18</sup>. Em especial, importará não cair na tentação de associar direitos sociais a *direitos socialistas*<sup>19</sup>. Uma análise de História Constitucional comprova que o apelo ao Estado social foi utilizado como bandeira política de vários quadrantes do pensamento, sejam eles socialistas, nacionalistas, utilitaristas, conservadores ou progressistas, de inspiração social cristã, liberais progressistas e até neocapitalistas. Assim, os direitos sociais não deverão ser uma espécie de património ideológico-cultural de um determinado partido político, uma vez que todos os partidos políticos democráticos — de forma mais ou menos evidente, com maior ou menor efetividade prática, por diversos trilhos e através

<sup>13</sup> *Staatslehre* (1.ª ed. data de 1934), 6.ª ed., J. C. B. Mohr, 1983, p. 258.

<sup>14</sup> Sobre este assunto, cfr. HEINIG, Hans Michael, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit — Zur Formel vom „sozialen“ Staat in Art. 20 Abs. 1 GG*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, pp. 50-75.

<sup>15</sup> BULL, Hans-Peter, “Sozialstaat — Krise oder Dissens? Schwierigkeiten bei der Verständigung über einen verfassungsrechtlichen Kernbegriff”, in AA.VV (org. BRENNER, M., HUBER, P. M., e MÖSTL, M.) *Der Staat des Grundgesetzes — Kontinuität und Wandel — Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag* Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, pp. 57-76, em especial, pp. 65-66 e pp. 73-75.

<sup>16</sup> BOTELHO, Catarina Santos, *Os direitos sociais em tempos de crise — Ou visitar as normas programáticas*, Coimbra: Almedina, 2015, pp. 97-98.

<sup>17</sup> JOÃO CARLOS LOUREIRO (nota 3), p. 10.

<sup>18</sup> Para um desenvolvimento da ideia, BENDA, Ernst, “Der soziale Rechtsstaat”, in AA.VV (org. BENDA, E. et al.) *Handbuch des Verfassungsrechts*, Berlin: Walter de Gruyter, 1984, pp. 477-544, BOTELHO (nota 17), p. 99, CONTRERAS PELÁEZ, Francisco José, “Neoliberalismo y Estado social”, *Revista de Fomento Social*, 215, 1999, pp. 309-341, GARRORENA MORALES, Ángel, *Derecho Constitucional — Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, Madrid: CEPyC, 2011, pp. 66-68, MOREIRA, Vital, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 234, nt. 349, PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório, *Los valores superiores*, Madrid: Tecnos, 1984, p. 58, SCHACHTSCHNEIDER, Karl Albrecht, *Verfassungsrecht der Europäischen Union*, vol. II — Wirtschaftsverfassung mit Welthandelsordnung, Berlin: Duncker & Humblot, 2010, pp. 28-29.

<sup>19</sup> Ver, a este propósito, a posição assumida pelo PCP, nos trabalhos preparatórios da atual Constituição portuguesa, quando estabeleceu uma *ligação umbilical* entre os direitos sociais e o socialismo, na sua faceta de transformação estrutural da sociedade. Vide DAC, n.º 44, p. 1257, ou DAC n.º 46, p. 1321. Contra este entendimento e, na nossa opinião, com toda a justiça, GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, 5.ª ed., Coimbra: Almedina, 2013, p. 847.

de diferentes políticas — promovem a justiça social, que é, no fundo, a *ratio* dos direitos fundamentais sociais<sup>20</sup>.

## 2. OS DIREITOS SOCIAIS E OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS

Numa perspetiva interessante, a doutrina tem admitido — ao jeito de um *social rights plus* — uma ligação umbilical entre os direitos fundamentais sociais e alguns dos princípios fundantes do Estado de Direito<sup>21</sup>. À cabeça estaria, como não podia deixar de ser, o princípio da *dignidade da pessoa humana*<sup>22</sup>. O dilema humanitário do pós-Guerra evidenciou a necessidade da consagração constitucional de um catálogo de direitos sociais basilares, sem os quais a dignidade básica do ser humano não estaria garantida<sup>23</sup>. Em boa verdade, a dignidade do ser humano não significa apenas que este seja livre, porquanto essa liberdade apenas será real se assentar em condições materiais básicas de subsistência.

Em termos breves, todos os direitos fundamentais são direitos de liberdade<sup>24</sup>. Podemos afirmar, por conseguinte, que os direitos sociais ocupam uma “posição intermédia” entre a liberdade e a *igualdade*<sup>25</sup>. Segundo esta perspetiva e sem defender um igualitarismo, somos de opinião de que deverão existir sempre preocupações de justiça social e que os direitos sociais desempenham um papel proeminente na garantia de uma liberdade digna e de uma dignidade livre.

Neste domínio, importa ressaltar dois aspetos fulcrais: (i) a destrinça entre a igualdade e o *igualitarismo*<sup>26</sup>, chamando a atenção para o facto de

<sup>20</sup> BOTELHO (nota 17), p. 496.

<sup>21</sup> HERVEY, Tamara K., “The «Right to Health» in European Union Law”, in AA.VV (ed. HERVEY, T. K, e KENNER, J.) *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford: Hart Publishing, 2003, pp. 193-222, p. 196.

<sup>22</sup> Em Portugal, para um estudo recente e exaustivo, NOVAIS, Jorge Reis, *A dignidade da pessoa humana*, Coimbra: Almedina, vol. I (2015) e vol. II (2016).

<sup>23</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, “O direito constitucional como ciência de direção — o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da «constituição social»”, in AA.VV (coord. CANOTILHO, J. J. *et al.*) *Direitos Fundamentais Sociais*, São Paulo: Editora Saraiva, 2010, pp. 18 ss., p. 19, FIERENS, Jacques, “La dignité humaine comme concept juridique”, *Journal des tribunaux*, 121, 2002, pp. 577-582, p. 578, e PIRES, Francisco Lucas, *Teoria da Constituição de 1976 — A Transição Dualista*, Coimbra: Livraria Petrony, 1988, p. 118.

<sup>24</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, “Reflections on economic, social and cultural rights”, *Human Rights Law Journal*, 2, 1981, pp. 281-294, pp. 293-294.

<sup>25</sup> RAMM, Thilo, “Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge”, in AA.VV (org. BÖCKENFÖRDE, E.-W., JEKEWITZ, J. e RAMM, T.) *Soziale Grundrechte — 5. Rechtspolitischer Kongress der SPD vom 29. Februar bis 2. März 1980 in Saarbrücken*, Heibelberg/Karlsruhe, 1981, pp. 17-34, p. 26. Num contexto de autopoiese, defendendo que os direitos sociais não “são libertadores”, antes “mecanismos subservientes ao poder”, TERRINHA, Luís Heleno, “The under-complexity of social rights”, *Lisbon Law Review*, 2015, pp. 27-53, p. 47.

<sup>26</sup> RIBOTTA, Silvina, “Cómo repartir recursos en términos de derechos sociales: ¿igualdad o prioridad?”, in AA.VV (dir. TEROL BECERRA, M. J.) *I Foro Andaluz de los Derechos Sociales — Los Derechos Sociales en el Siglo XXI*, Valencia: Tirant to Blanch, 2009, pp. 263-293, pp. 266-273.

este último conceito consubstanciar uma deturpação da igualdade, através de uma uniformização forçada, que “elimina a liberdade, destruindo o homem”<sup>27</sup>; (ii) por seu turno, a noção de solidariedade distingue-se do mero *coletivismo*, que caracterizou, por exemplo, as experiências dos totalitarismos de direita e de esquerda, que aniquilaram o indivíduo e o submergiram num ideal coletivo.

Na nossa opinião, o objetivo último de toda a coletividade solidária será então o de alcançar o objetivo de que o maior número possível de pessoas consiga desenvolver plenamente o seu plano *individual* de vida<sup>28</sup>. Isto assente, é importante compreender a importância da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que enriqueceu a interpretação liberal da *liberdade* humana — quiçá demasiado focada no próprio indivíduo — com a consideração dos outros e da vivência comunitária, apontando num sentido de uma “livre interação conjunta”<sup>29</sup>.

### 3. O QUE SÃO OS DIREITOS SOCIAIS?

Uma análise de Direito Constitucional Comparado é reveladora de uma inegável *diversidade terminológica* no que respeita aos direitos sociais<sup>30</sup>. Como facilmente se compreende, o conceito de “direitos sociais” é polissémico, indeterminado e, sem dúvida, impreciso<sup>31</sup>. Não faltaram, por conseguinte, tentativas teóricas de o definir, tanto por aquilo que ele abarca como, pela negativa, por aquilo que ele exclui<sup>32</sup>. É precisamente o facto de os direitos sociais possuírem um conteúdo manifestamente heterogéneo que alimenta as dificuldades doutrinárias de classificação e a complexa questão da

<sup>27</sup> GARCIA, M. da Glória, *Estudos Sobre o Princípio da Igualdade*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 11.

<sup>28</sup> BOTELHO (nota 17), p. 103.

<sup>29</sup> MÜLLER, Friedrich, “Teoria moderna e interpretação dos direitos fundamentais. Especialmente com base na teoria estruturante do Direito”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 7, 2003, pp. 315-327, p. 318.

<sup>30</sup> DÄUBLER, Wolfgang, “La protection des droits sociaux fondamentaux dans l’ordre juridique de l’Allemagne”, in AA.VV (ed. ILIOPOULOS-STRANGAS, J.) *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les États membres de l’Union Européenne — Étude de droit comparé*, Atenas/Bruxelas/Baden-Baden, 2000, pp. 43-103, p. 5, DIETLEIN, Johannes, *Die Grundrechte in den Verfassungen der neuen Bundesländer: zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Art. 31 und 142 GG*, Munique: Vahlen, 1993, p. 121, GEESMANN, Rainer, *Soziale Grundrechte im deutschen und französischen Verfassungsrecht und der Charta der Grundrechte der Europäischen Union — Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu den Wirkdimensionen sozialer Grundrechte*, Frankfurt am Main: Peter Lang — Europäischer Verlag der Wissenschaften, 2005, pp. 21-25, p. 22, e LANGE, Klaus, “Soziale Grundrechte in der deutschen Verfassungsentwicklung und in den derzeitigen Länderverfassungen”, in AA.VV (org. BÖCKENFÖRDE, E.-W., JEKEWITZ, J. e RAMM, T.) *Soziale Grundrechte — 5. Rechtspolitischer Kongress der SPD vom 29. Februar bis 2. März 1980 in Saarbrücken*, Heibelberg/Karlsruhe, 1981, pp. 49-60, p. 49.

<sup>31</sup> WEBER, Albrecht, “L’État social et les droits sociaux en RFA”, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 24, 1995, pp. 677-693, pp. 678-679.

<sup>32</sup> BADURA, Peter, “Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland”, *Der Staat*, 14, 1975, pp. 17-48, p. 27.

sua efetiva proteção, quer a nível nacional, quer a nível europeu e internacional (geral e regional)<sup>33</sup>.

Com efeito, na maioria dos textos constitucionais, os direitos sociais surgem delineados em *contornos imprecisos*, não estando plasmados em normas diretamente aplicáveis<sup>34</sup>. Uma tal “falta de concretização” ou de determinabilidade dos direitos sociais, tem como consequência que a apreensão do seu conteúdo jusfundamental resulte prejudicada<sup>35</sup>. Talvez por esta razão os direitos sociais sejam considerados, por alguma parte da doutrina, como “*leges imperfectae*”<sup>36</sup>, e que HANS F. SACHER tenha caracterizado a dificuldade terminológica no seio dos direitos sociais como “a irritação normativa do «social»”<sup>37</sup>.

Na década de 60 do século passado, THEODOR TOMANDL propôs quatro alternativas de classificação dos direitos sociais, atinentes à categoria e ao lugar que os mesmos ocupam na Constituição: (i) normas programáticas; (ii) normas de organização; (iii) direitos públicos subjetivos; (iv) e garantias institucionais<sup>38</sup>.

A originária noção de *normas programáticas* remonta aos inícios do século passado, nomeadamente ao tempo em que a normatividade de algumas disposições da Constituição de Weimar foi posta em causa, por não possuírem aplicabilidade direta<sup>39</sup>. Por tais razões se atribui um teor pejorativo aos tempos da “weimarização dos direitos fundamentais”<sup>40</sup>. Pela nossa parte, defendemos o *carácter normativo de todas as disposições constitucionais*, incluindo as normas programáticas<sup>41</sup>. As normas programáticas são, antes de mais, *normas jurídicas*, geradoras de obrigações, ainda que de cariz progressivo e mediato<sup>42</sup>. Como salienta CARLOS BLANCO DE MORAIS, os direitos contidos

<sup>33</sup> COSTA, Jean-Paul, “Vers une protection juridictionnelle des droits économiques et sociaux en Europe?”, in AA.VV, *Les droits de l’homme au seuil du troisième millénaire — Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles: Bruylant, 2000, pp. 141-154, p. 143.

<sup>34</sup> FORSTHOFF, Ernst, “Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates”, in Ernst Forsthoff, *Rechtsstaat im Wandel: Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1950-1964*, Stuttgart: W. Kohlhammer, 1964, pp. 27-56, pp. 27-56.

<sup>35</sup> HÄUBLING, Eva M. K., *Soziale Grundrechte in der portugiesischen Verfassung von 1976 — Verfassung und soziale Wirklichkeit*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1997, p. 65.

<sup>36</sup> MARTENS, Wolfgang, “Grundrechte im Leistungsstaat”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 30, 1972, pp. 7-38, pp. 30-31.

<sup>37</sup> “Der Sozialstaat an der Wende zum 21. Jahrhundert”, *Vierteljahresschrift für Sozialrecht*, 3, 2000, pp. 185-206, pp. 204-206.

<sup>38</sup> *Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht*, Tübingen: J. C. B. Mohr, 1967, pp. 24, 28, 30 e 41-46.

<sup>39</sup> DREYER, Michael, “Entstehung der Weimarer Reichsverfassung”, in AA.VV (org. MITTELSDOFF, H.) *80 Jahre Weimarer Reichsverfassung (1919-1999)*, Weimar: Thüringer Landtag, 1998, pp. 31-66, pp. 55-57, NEUMANN, Franz, *Il diritto del lavoro fra democrazia e dittatura*, Bologna: Il Mulino, 1983, p. 121, e RAMSAUER, Ulrich, “Die Rolle der Grundrechte im System der subjektiven öffentlichen Rechte”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 111 (4), 1986, pp. 501-536, p. 513.

<sup>40</sup> NIERHAUS, Michael, “Grundrechte aus der Hand des Gesetzgebers? — Ein Beitrag zur Dogmatik des Art. 1 Abs. 3 GG”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 116, 1991, pp. 72-110.

<sup>41</sup> BOTELHO (nota 17), p. 136.

<sup>42</sup> CARMONA CUENCA, Encarnación, “Las normas constitucionales de contenido social: delimitación y problemática de su eficacia jurídica”, *Revista de Estudios Políticos*, 76, 1992, pp. 103-125, p. 107, e STANGOS, Petros, “Les rapports entre la Charte Sociale Européenne et le Droit de

em normas programáticas são vinculativos e “possuem uma dimensão objetiva que permite invalidar direito infraconstitucional contrário aos seus fins”<sup>43</sup>.

É evidente que, num mundo jurídico ideal, as normas de direitos fundamentais sociais deveriam veicular direitos subjetivos. Importa ressaltar, porém, que o conceito de ‘direito subjetivo’ é um dos mais discutidos nas doutrinas jusprivatista e juspublicista. Em tais contingências concetuais, não existe uma identidade absoluta entre os direitos fundamentais e os direitos subjetivos *stricto sensu*, isto é, na aceção do Direito Civil<sup>44</sup>. Tanto podemos encontrar direitos subjetivos que não são direitos fundamentais como direitos fundamentais que não são direitos subjetivos públicos. Daqui deriva, a nosso ver, que o conceito de direito subjetivo privado não possa ser transferido *ad nutum* para o mundo do Direito Público<sup>45</sup>.

Por isso, não é de espantar que seja igualmente bem conhecida a resistência de uma grande parte da doutrina em classificar os direitos fundamentais sociais como direitos subjetivos públicos<sup>46</sup>. Se alguns admitem que existe uma relação jurídica entre Estado e particular, sendo que o particular é o titular de um direito — diretamente aplicável — contra o Estado<sup>47</sup>, outros, como JÖRG PAUL MÜLLER, entendem que uma tal classificação não é possível (nem desejável) e que os direitos fundamentais sociais são, outrossim, “disposições definidoras de objetivos para o desenvolvimento da comunidade num determinado sentido”<sup>48</sup>.

Se bem vemos as coisas, sob a designação “direitos sociais” podemos encontrar uma miríade de figuras jurídicas<sup>49</sup>. Quando pensamos, por exemplo, no conteúdo do direito à educação, inúmeros problemas se afiguram: qual o objeto e o âmbito de aplicação? Em que medida e com que extensão incumbe ao Estado garanti-lo? Na ausência de uma proteção adequada deste direito,

---

l’Union Européenne — Le rôle singulier du Comité Européen des Droits Sociaux et de sa jurisprudence”, *Cahiers de Droit Européen*, 49, 2013, pp. 319-393, p. 331.

<sup>43</sup> “Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro: ativismo judicial momentâneo ou um novo paradigma?”, in AA.VV (org. CORREIA, F. A., Machado, J. E., e Loureiro, J. C.) *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 579-613, p. 602.

<sup>44</sup> BOTELHO (nota 17), p. 143-144, LOPES, José Reinaldo de Lima, “Direitos subjetivos e direitos sociais”, in AA.VV (org. FARIA, J. E.) *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, São Paulo: Malheiros, 1992, pp. 113-43, e MIRANDA, Jorge, *Contributo Para uma Teoria da Inconstitucionalidade*, reimp. 1996, Coimbra: Coimbra Editora, p. 73.

<sup>45</sup> ALEXANDRINO, José Melo, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2006, p. 52, e BOTELHO (nota 17), p. 144.

<sup>46</sup> SOMMERMANN, Karl-Peter, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1997, p. 482.

<sup>47</sup> PEREZ LUÑO, Antonio, *Los Derechos Fundamentales*, Madrid: Tecnos, 2004, p. 213, SCHEININ, Martin, “Economic and Social Rights as Legal Rights”, in AA.VV (ed. EIDE, A. et al.) *Economic, social and cultural rights — A textbook*, 2.<sup>a</sup> ed., Dordrecht: Martinus Nijhoff, 2001, pp. 41-62, e TOMANDL (nota 39), p. 30.

<sup>48</sup> *Sozialer Grundrechte in der Verfassung?*, 2.<sup>a</sup> ed., Basel/Frankfurt am Main: Helbing Lichtenhahn Verlag, 1981, p. 191.

<sup>49</sup> DIETLEIN, Johannes, *Die Grundrechte in den Verfassungen der neuen Bundesländer: zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Art. 31 und 142 GG*, München: Vahlen, 1993, p. 124.



estaremos perante que tipo de incumprimento constitucional? No entanto, e como tem salientado a doutrina, estas dificuldades não são exclusivas dos direitos sociais e verificam-se, amiúde, nos próprios direitos de liberdade, tal como, por exemplo, a liberdade de expressão e os seus limites e obrigações positivas a cargo do Estado<sup>50</sup>.

Relativamente ao conteúdo prescritivo dos direitos sociais, a opção classicamente seguida pela doutrina assenta na sobejamente conhecida terminologia anglo-saxónica de direitos negativos/de defesa *versus* direitos positivos/de prestação<sup>51</sup>. Os direitos *negativos* são os tradicionais direitos a uma abstenção por parte do Estado. Por seu turno, os direitos *positivos* apelam a uma intervenção, normalmente das entidades públicas, no sentido de providenciar o seu exercício, tais como direito à saúde ou à segurança social<sup>52</sup>.

No entanto, a realidade tem demonstrado que as fronteiras entre os direitos de liberdade como direitos de abstenção e direitos sociais como direitos de prestação estão cada vez mais *diluídas*<sup>53</sup>. Em sintonia, os direitos sociais também implicam obrigações negativas. Senão veja-se: o direito à educação pressupõe o dever estatal de não privar os cidadãos do acesso à educação. Assim, e como adiante veremos, uma grande parte dos direitos sociais consagrados na nossa Constituição comporta uma dimensão de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias.

Em contrapartida, os direitos, liberdades e garantias possuem uma vertente de prestação estadual, ainda que de natureza diversa das prestações estaduais nos direitos sociais. Daí a capital importância dos *deveres estaduais de proteção ou de organização e procedimento* associados a direitos de defesa<sup>54</sup>. Se atentarmos, por exemplo, ao direito ao sufrágio, previsto no artigo 49.º da CRP, verificamos que ele não pode ser entendido meramente em sentido negativo, mas gera igualmente obrigações positivas para o Estado, ao ter de garantir as condições procedimentais, materiais e logísticas para a sua

<sup>50</sup> BOTELHO (nota 17), p. 117.

<sup>51</sup> FABRE, Cécile, “Constitutionalising Social Rights”, (*The Journal of Political Philosophy*, 6 (3), 1998, pp. 263-284, e SCOTT, Craig, “The Interdependence and Permeability of Human Rights Norms: Towards a Partial Fusion of the International Covenants of Human Rights”, *Osgoode Hall Law Journal*, 27, 1989, pp. 769-878, p. 833.

<sup>52</sup> HÄBERLE, Peter, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3.ª ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1983, p. 184.

<sup>53</sup> Cfr., entre tantos autores, ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2.ª ed., Madrid: Trotta, 2004, p. 25, BOTELHO (nota 17), p. 119, HERSHKOFF, Helen, “Transforming Legal Theory in the Light of Practice: The Judicial Application of Social and Economic Rights to Private Orderings”, in AA.VV (ed. GAURI, G. e BRINKS, D. M.) *Court- ing Social Justice — Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, New York: Cambridge University Press, 2008, pp. 268-302, pp. 274-275, KING, Jeff, *Judging Social Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 4, LEMA ANÓN, Carlos, “Derechos sociales, ¿para quién? Sobre la universalidad de los derechos sociales”, *Derechos y Libertades (Revista del Instituto Bartolomé de las Casas)*, II (22), 2010, pp. 179-203, p. 193, e REY PÉREZ, José Luís, “La naturaleza de los derechos sociales”, *Derechos y Libertades (Revista del Instituto Bartolomé de las Casas)*, 11 (16), 2007, pp. 137-156, pp. 145-147.

<sup>54</sup> DREIER, Horst, “Subjektiv-rechtliche und objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte”, *Jura*, 1994, pp. 505-513, p. 508.

plena efetivação. Do mesmo modo, a liberdade de expressão implica obrigações positivas a cargo do Estado, de cariz regulatório, por forma a tutelar o pluralismo informativo.

#### 4. APLICABILIDADE DIRETA DOS DIREITOS SOCIAIS: UMA APLICABILIDADE *LATO SENSU*?

Em termos rigorosos, a fundamentalidade de uma norma e a proteção que a mesma confere não são conceitos idênticos ou sobreponíveis<sup>55</sup>. O facto de muitos direitos sociais não gozarem de aplicabilidade direta e possuírem uma formulação semanticamente aberta, não significa que não produzam *efeitos jurídicos vinculativos*<sup>56</sup>.

Muitos referem que a verdadeira essência de um direito é ser-lhe atribuída proteção imediata por um tribunal<sup>57</sup>. Compreendemos que este seja, muito provavelmente, uma via privilegiada de tutela de direitos. Não obstante, o conceito de justiciabilidade, ainda que abarque a suscetibilidade de uma questão ser apresentada em tribunal, é mais amplo do que isso e não se esgota nessa possibilidade<sup>58</sup>. Em acréscimo, a proteção dos direitos sociais não se esgota na sua sindicabilidade judicial<sup>59</sup>.

Com efeito e como já escrevemos, a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais poderá ser entendida em duas perspetivas: aplicabilidade direta *lato sensu* e aplicabilidade direta *stricto sensu*<sup>60</sup>. Por um lado, a aplicabilidade *stricto sensu*, está intrinsecamente relacionada com a sindicabilidade e justiciabilidade plenas, mormente pela suscetibilidade de invocação autónoma. Em boa verdade, a abertura de uma via judiciária é frequentemente apontada como um dos meios de eleição para “atestar uma real igualdade de estatuto”

<sup>55</sup> Em contraste, RIVEROS PARDO, Daniel Felipe, “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos subjetivos: una visión estructural”, *Revista Derecho del Estado*, 24, 2010, pp. 29-43, pp. 32-32, considera que esta não equiparação assenta num “erro tanto teórico como dogmático”.

<sup>56</sup> TRILSCH, Mirja A., *Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte im innerstaatlichen Recht*, Heidelberg: Springer, 2012, pp. 47-48.

<sup>57</sup> BOGDANDY, Armin von, “The European Union as a human rights organization? Human Rights and the core of the European Union”, *Common Market Law Review*, 37, 1997, pp. 1307-1338, p. 1316.

<sup>58</sup> AKANDJI-KOMBÉ, J.-F., “La justiciabilité des droits sociaux et de la Charte Sociale Européenne n’est pas une utopie”, in AA.VV (coord. AKANDJI-KOMBÉ, J.-F.) *L’homme dans la société internationale — Mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier*, Bruylant, Bruxelles, 2013, pp. 475-503, p. 493, GROUSSOT, Xavier, e PECH, Laurent, “La protection des droits fondamentaux dans l’Union européenne après le Traité de Lisbonne”, *Question d’Europe*, 173, 2010, pp. 1-15, p. 8, e MARSHALL, Geoffrey, “Justiciability”, in AA.VV (ed. GUEST, A. G.) *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford: Oxford University Press, 1961, pp. 265-270, pp. 267-268.

<sup>59</sup> CRUZ PARCERO, Juan Antonio, “Los derechos sociales y sus garantías: Un esquema para repensar la justiciabilidad”, in AA.VV (coord. ESPINOZA DE LOS MONTEROS, J. e ORDÓÑEZ, J.) *Los Derechos Sociales en el Estado Constitucional*, Valencia: Tirant to Blanch, 2013, pp. 61-89, p. 61.

<sup>60</sup> BOTELHO (nota 17), p. 132.

entre os direitos de liberdade e os direitos sociais<sup>61</sup>. Como vimos, o *quid specificum* de uma boa parte dos direitos sociais está na falta de determinabilidade do seu conteúdo, que impede uma aplicabilidade direta *stricto sensu*. Esta falta de determinabilidade, ou seja, a insusceptibilidade de a norma consagrada de direitos fundamentais, gerar uma eficácia incondicionada e independente das condições fácticas ou institucionais. É algo semelhante ao conceito de efeito direto da União Europeia, no sentido de ser uma norma clara, precisa e determinada<sup>62</sup>.

Por outro lado, a aplicabilidade *lato sensu* é já atinente à capacidade de derrogar normas contrárias. Nesta última aceção, poderemos afirmar que todas as normas de direitos fundamentais serão diretamente aplicáveis, porquanto são vinculativas e operantes. Importa, assim, e nas palavras de JEAN-FRANÇOIS AKANDJI-KOMBÉ, reconhecer que a justiciabilidade é um “valor relativo” e que ao juiz não se pode exigir — ao jeito de um “*juge-oracle*” — que dele faça depender não apenas a atribuição da “qualidade” de direitos fundamentais aos direitos sociais, como a sua efetividade<sup>63</sup>. A efetividade dos direitos sociais não depende somente das garantias jurisdicionais, mas também das garantias não jurisdicionais. Em boa verdade, o juiz nada mais é do que um entre tantos outros que contribuem, em conjunto, para a concretização e efetividade dos direitos sociais, tais como, o legislador (concretização *normativa*) ou a Administração Pública (concretização *material e fáctica*)<sup>64</sup>.

## 5. OS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA

Se a extensão de um catálogo constitucional de direitos e liberdades fundamentais não é sinónimo de uma justiça constitucional forte, muito provavelmente indicará outrossim que se trata de um Estado que aprovou o seu texto constitucional num cenário histórico-político de pós-ditadura<sup>65</sup>. A confirmá-lo,

<sup>61</sup> AKANDJI-KOMBÉ (nota 59), p. 475.

<sup>62</sup> Assim, VAZ, Manuel Afonso, BOTELHO, Catarina Santos, CARVALHO, Raquel, FOLHADELA, Inês e RIBEIRO, Ana Teresa, *Direito Constitucional — O sistema constitucional português*, 2.ª ed., Porto: Universidade Católica Editora, 2015, p. 228, e pp. 264-267.

<sup>63</sup> (Nota 59), p. 476.

<sup>64</sup> AKANDJI-KOMBÉ (nota 59), pp. 476-478, e p. 493. Para uma útil distinção entre os conceitos de “justiciabilidade e aplicabilidade jurisdicional”, “aplicabilidade direta e efeito direto” e “efeito direito e invocabilidade”, vide AKANDJI-KOMBÉ, J.-F., “De l’invocabilité des sources européennes et internationales du droit social devant le juge interne”, *Droit Social*, 11-12, 2012, pp. 1014-1026, em especial, pp. 1015-1019.

<sup>65</sup> SORIA, J. M., “Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums”, *Juristenzeitung*, 13, 2005, pp. 647-655, p. 290. O que, na opinião de SADURSKI, W., *Rights Before Courts — A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, 2.ª ed., Nordrecht: Springer, 2014, p. 38, potencia os conflitos entre a jurisdição constitucional e as jurisdições ordinárias. A propósito desta temática, BOTELHO, Catarina Santos, “Quem Deve Ser o Guardião da Constituição? Animosidade ou Cooperação Entre o Tribunal Constitucional e os Demais Tribunais”, in AA.VV (org. ARAÚJO, F, OTERO, P., e GAMA, J. T. da) *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 105-137.

a Constituição portuguesa de 1976 é, amiúde, referenciada por acolher um dos catálogos de direitos sociais mais vastos de entre os Estados membros da União Europeia<sup>66</sup>. O nosso articulado constitucional de direitos fundamentais divide-se em: (i) artigos 24.º a 57.º — direitos, liberdades e garantias; (ii) artigos 58.º a 79.º — direitos e deveres económicos, sociais e culturais. Em acréscimo, a Constituição portuguesa consagra, nos artigos 53.º a 57.º, como direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, uma panóplia de direitos que são frequentemente considerados noutros Estados como direitos sociais<sup>67</sup>.

Perante um elenco tão magnífico, alguma doutrina considera a Constituição portuguesa o texto constitucional “mais detalhado de toda a Europa Ocidental”<sup>68</sup>. Mais, JORGE REIS NOVAIS adianta que estamos perante “uma Constituição de direitos sociais com um desenvolvimento sem paralelo no mundo”<sup>69</sup>.

Numa perspetiva de Direito Comparado, a opção constituinte pela bifurcação entre direitos, liberdades e garantias, por um lado, e direitos económicos, sociais e culturais, por outro lado, *não é inovadora*<sup>70</sup>. Este tratamento sistemático é visível na maioria dos textos constitucionais surgidos após a I Guerra Mundial e, igualmente, num plano internacional geral, no confronto entre o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Económicos Sociais e Culturais, e, num plano internacional regional, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e na Carta Social Europeia (Revista)<sup>71</sup>. Eis então, na nossa perspetiva, o sustento ideológico que alicerçou as teses binárias de proteção dos direitos fundamentais, que, amiúde, asseverando uma *capitis diminutio* aos direitos sociais, consubstanciam uma visão enevoada dos direitos humanos<sup>72</sup>.

<sup>66</sup> FABRE, Cécile, “Social Rights in European Constitutions”, in AA.VV (ed. BÚRCA, G. de, e WITTE, Bruno de) *Social Rights in Europe*, Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 15-28, p. 18.

<sup>67</sup> São estes o direito à segurança no emprego, comissões de trabalhadores, liberdade sindical, direitos das associações sindicais e contratação coletiva, e o direito à greve e a proibição do *lock out*.

<sup>68</sup> POLAKIEWICZ, Jörg, “Soziale Grundrechte and Staatszielbestimmungen in der Verfassungsordnung Italiens, Portugals und Spaniens”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1994, pp. 340-391, p. 347.

<sup>69</sup> *Direitos Sociais — Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra: Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010, p. 374.

<sup>70</sup> BOTELHO (nota 17), p. 258.

<sup>71</sup> BOTELHO, Catarina Santos, “A proteção multinível dos direitos sociais: verticalidade gótica ou horizontalidade renascentista? — Do não impacto da Carta Social Europeia (Revista) na jurisprudência constitucional portuguesa”, *Lex Social — Revista jurídica de los Derechos Sociales*, 2016, no prelo.

<sup>72</sup> BOTELHO (nota 17), pp. 283-286, ROSSETTI, Andrés, “¿Los Derechos Sociales como derechos «de segunda»? Sobre las generaciones de derechos y las diferencias con los derechos «de primera»”, in AA.VV (coord. ESPINOZA DE LOS MONTEROS, J. e ORDÓÑEZ, J.) *Los Derechos Sociales en el Estado Constitucional*, Valencia: Tirant to Blanch, 2013, pp. 309-328, p. 311, e SAETSTONE, Mariella, “El estado de derecho y los derechos económicos sociales y culturales de la persona humana”, *Revista Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos*, 40, 2004, pp. 133-154, pp. 142-143.

De ressaltar que, no contexto do Direito da União Europeia e contrariando esta tendência, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia acolheu o *princípio da indivisibilidade dos direitos fundamentais*, que se traduziu na inexistência de catalogação e/ou previsão de regime diferenciado para os direitos civis e políticos, por um lado, e os direitos económicos, sociais e culturais, por outro lado. No entanto, alguma doutrina tem alertado para uma certa ilusão ou retórica desta opção normativa, não apenas porque a listagem de direitos sociais é muito incompleta, mas também porque os direitos sociais surgem elencados sob a forma de direitos condicionais ou princípios indeterminados<sup>73</sup>.

De um ponto de vista concetual, a distinção entre direitos de liberdade e direitos sociais teve eco tanto em teses: (i) “*substancialistas* ou *essencialistas*”, para as quais a distinção entre os direitos assume uma natureza material associada a uma superioridade hierárquica dos primeiros em relação aos segundos; (ii) *formais*, que apelam a diferenças estruturais, de regime entre ambos os direitos, à natureza dos deveres estatais envolvidos, à maior ou menor determinabilidade do seu conteúdo<sup>74</sup>.

Na nossa opinião e como já tivemos oportunidade de salientar repetidas vezes, no desenho constitucional português, os direitos, liberdades e garantias e os direitos sociais partilham a mesma dignidade jusfundamental — ambos são direitos fundamentais — todavia, possuem diferenças significativas de regime<sup>75</sup>. Nesta sede, atendendo às especificidades dos direitos sociais no nosso sistema jurídico, a doutrina constitucional discute se a relação entre as duas categorias de direitos fundamentais deverá ser dicotómica, unitária ou de interação<sup>76</sup>. A este propósito, importa mencionar que o Comité das Nações Unidas para os Direitos Económicos Sociais e Culturais se manifestou contra

<sup>73</sup> BOTELHO (nota 17), p. 247.

<sup>74</sup> Para uma análise exaustiva, cfr. BOTELHO (nota 17), pp. 279-280.

<sup>75</sup> A par desta incontornável divisão constitucional, consagrou-se um *regime diferenciado*, nos seguintes termos: (i) o artigo 18.º consagra expressamente a *força jurídica* dos preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias, em especial a aplicabilidade direta, a vinculação das entidades públicas e privadas, e a imposição de fortes limites à restrição legislativa; (ii) o n.º 1 do artigo 19.º *proíbe a suspensão* do exercício de direitos, liberdades e garantias, exceto em caso de estado de sítio ou de emergência; (iii) o n.º 5 do artigo 20.º consagra o direito à *tutela efetiva* dos direitos, liberdades e garantias *pessoais*; (iv) o artigo 21.º garante o *direito de resistência* a qualquer ordem que ofenda os direitos, liberdades e garantias; (v) o artigo 22.º consagra a *responsabilidade civil extracontratual do Estado* e das demais entidades públicas, pelas ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem; (vi) a alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º endereça à *reserva relativa de competência* legislativa a matéria dos direitos, liberdades e garantias; (vii) o n.º 3 do artigo 272.º preceitua que a *prevenção dos crimes* apenas se poderá fazer com respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos; (viii) na alínea d) do artigo 288.º estão salvaguardados os direitos, liberdades e garantias, como *limites materiais*, perante o poder de revisão constitucional da Assembleia da República. Cfr. BOTELHO (nota 17), pp. 260-265.

<sup>76</sup> BOTELHO (nota 17), p. 33.

uma dicotomia radical entre direitos de liberdade e direitos sociais, mas não se pronunciou contra uma diferenciação de regime jurídico<sup>77</sup>.

Não obstante, e relativamente àquilo a que se tem apelidado de *afinamento ou estreitamento da linha divisória* entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, já escrevemos que “é ilusório, obsoleto e extremamente redutor pensar-se que existe uma *diferença endógena*, “genética” ou “estrutural” entre direitos sociais e direitos de liberdade”<sup>78</sup>. Rejeitando uma leitura demasiado fechada e dicotómica dos direitos fundamentais, defendemos uma *renovada compreensão* dos direitos sociais, que assenta numa lógica de *indivisibilidade material* e de *interação estrutural* entre os direitos de liberdade e os direitos sociais<sup>79</sup>.

Não poderá então falar-se numa “separação estanque”, “divisão nítida”, ou “divisão/fratura talhante” entre os direitos<sup>80</sup>. Por conseguinte, a existir algum tipo de hierarquização, esta será sempre de “*recorte formal*” — isto é, que admita alguma diferenciação de regime — sendo de rejeitar recortes de hierarquia axiológica<sup>81</sup>. Quanto a nós, defendemos uma *lógica de comunicabilidade* do regime de direitos fundamentais, *ex vi* artigo 17.º, que impede tanto uma dogmática unitária como um entendimento de dicotomia radical entre os direitos de liberdade e os direitos sociais.

Como vimos, de uma leitura apressada do n.º 1 do artigo 18.º — que consagra a regra-geral da aplicabilidade direta dos direitos, liberdades e garantias — poderíamos ser persuadidos a excepcionar deste regime os direitos económicos, sociais e culturais. Uma tal leitura é, na nossa opinião, profundamente redutora. Segundo entendemos, de um aparente silêncio constitucional quanto ao regime dos direitos sociais não podemos retirar, num raciocínio *a contrario sensu*, que os direitos sociais não são diretamente aplicáveis, não vinculam entidades públicas e privadas e que as suas restrições não estão sujeitas a apertados requisitos constitucionais<sup>82</sup>.

<sup>77</sup> BOTELHO (nota 17), p. 227.

<sup>78</sup> BOTELHO (nota 17), p. 284.

<sup>79</sup> Para um desenvolvimento desta ideia, cfr. BOTELHO (nota 17), pp. 307-322.

<sup>80</sup> DEAKIN, S./ BROWNE, J., “Social Rights and Market Order: Adapting the Capability Approach”, in AA.VV (ed. HERVEY, T. K. e KENNER, J.) *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford: Hart Publishing, 2003, pp. 27-43, p. 38, HÄUBLING (nota 36), p. 98, PÉREZ LUNO, A.-E., “La positividad de los derechos sociales”, in AA.VV (ed. PEÑA, L. e AUSÍN, T.) *Los derechos positivos — Las demandas justas de acciones y prestaciones*, Madrid: Plaza y Valdés, 2006, pp. 107-134, p. 121, e RUIZ MIGUEL, A., “Derechos liberales y derechos sociales”, in AA.VV (coord. ESPINOZA DE LOS MONTEROS, J. e ORDÓÑEZ, J.) *Los Derechos Sociales en el Estado Constitucional*, Valencia: Tirant to Blanch, 2013, pp. 173-197, p. 177.

<sup>81</sup> BOTELHO, Catarina Santos, “A intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias: *quid novum?*”, *O Direito*, 143, 2011, pp. 33-55, p. 48.

<sup>82</sup> Assim, ANDRADE (nota 12), p. 363, BOTELHO (nota 17), p. 502, e VAZ, Manuel Afonso, *Lei e Reserva da Lei — A Causa da Lei na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 369.

## 6. OS DIREITOS SOCIAIS NA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL PORTUGUESA

É ainda de salientar que a nossa jurisdição constitucional não se pronunciou de forma unívoca quanto à categorização dos direitos sociais<sup>83</sup>. Na maioria dos arestos, os direitos sociais são considerados “direitos a prestações”, dispondo o legislador de uma ampla margem de liberdade na sua concretização<sup>84</sup>. O Tribunal entende, pois, que os direitos sociais não conferem “direito[s] imediato[s] a uma prestação efetiva”, não possuindo aplicabilidade direta nem exequibilidade<sup>85</sup>. Numa categorização de cariz intermédio, outros Acórdãos vieram reconhecer a “dupla natureza” negativa e positiva que subjaz a grande parte dos direitos sociais<sup>86</sup>. Muito episodicamente, porém, a jurisdição vislumbrou os direitos sociais como “autênticos direitos subjetivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justiciabilidade e exequibilidade imediata”<sup>87</sup>.

Seja como for, uma linha de continuidade na jurisprudência pode entender-se ser a de que os direitos sociais possuem “certo grau de vinculatividade normativa”, vivendo em “normas jurídicas vinculantes que impõem positivamente ao legislador a realização de determinadas tarefas através das quais se pode concretizar o exercício desses direitos”<sup>88</sup>. Consensual parece ser também que estes se tratam de direitos “sob reserva do possível, não sendo directamente determináv[eis] no seu *quantum* e no seu modo de realização a nível da Constituição”<sup>89</sup>.

Na última década, o Tribunal Constitucional português, quando confrontado com questões relativas a direitos sociais, tem enveredado por uma *análise principialista* — invocando a violação dos princípios da proteção da confiança, da igualdade, da proporcionalidade, entre outros — e não por uma investigação dos direitos fundamentais sociais em causa<sup>90</sup>. Nesta sede e de

<sup>83</sup> ALEXANDRINO (nota 46), p. 598, e BOTELHO (nota 17), p. 284.

<sup>84</sup> Acórdãos do TC n.º 130/92, processo n.º 104/90, de 01.04.92, relator: Cons. Alves Correia; n.º 131/92, processo n.º 122/90, de 01.04.1992, relator: Cons. Alves Correia; n.º 32/97, processo n.º 61/96, de 15.01.1997, relator: Cons. Alves Correia; n.º 465/2001, processo n.º 77/00, de 24.10.2001, relator: Cons. Paulo Mota Pinto; e n.º 570/2001, processo n.º 286/00, de 12.12.2001, relator: Cons. Paulo Mota Pinto.

<sup>85</sup> Acórdão do TC n.º 346/93, processo n.º 237/91, de 12.05.1993, relator: Cons. Ribeiro Mendes, na esteira do Acórdão n.º 130/92, processo n.º 104/90, de 24.07.1992, relator: Cons. Alves Correia.

<sup>86</sup> Acórdão n.º 101/92, processo n.º 223/90, de 18.08.1992, relator: Cons. Monteiro Diniz.

<sup>87</sup> Acórdão n.º 92/85, processo n.º 143/84, de 18.06.1985, relator: Cons. Mário de Brito. Em sentido contrário, argumentando que um direito a prestação não pode atribuir um “direito subjetivo *prima facie*”, cfr. o Acórdão n.º 309/09, processo n.º 215/09, de 22.06.2009, relator: Cons. Carlos Fernandes Cadilha, ponto 4.

<sup>88</sup> Acórdão n.º 221/09, processo n.º 775/08, de 05.05.2009, relator: Cons. Carlos Fernandes Cadilha, ponto 3.

<sup>89</sup> Acórdão n.º 400/2011, processo n.º 194/11, de 22.09.2011, relator: Cons. Vítor Gomes.

<sup>90</sup> Cfr. o acórdão n.º 683/99, de 21.12.1999 (sobre a conversão dos contratos de trabalho a termo certo celebrados pelo Estado em contratos de trabalho por tempo indeterminado, julgada inconstitucional por violação do princípio da igualdade). Igualmente a propósito do

modo muito particular, quando estão em causa princípios jurídicos que possuem um elevado grau de abstração e de complexidade estrutural, alguma doutrina advoga um *minimalismo* jurisprudencial e exige da jurisdição constitucional um esforço autocontenção, porquanto a linha que separa a aplicação do direito da criação do direito se estreita<sup>91</sup>.

Nesta sede, alguma doutrina nacional e estrangeira critica o pudor de os intérpretes-aplicadores da Constituição considerarem os direitos sociais como diretamente aplicáveis, precisamente através do reconhecimento da sua natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, por força do artigo 17.º da Constituição portuguesa<sup>92</sup>. A confirmá-lo, o artigo 17.º estabelece uma paridade de regime material entre os direitos, liberdades e garantias (plasmados no Título II) e outros direitos que possuam uma natureza análoga — em função da sua determinabilidade constitucional — independentemente da sua localização. Como exemplos de direitos fundamentais de natureza análoga consagrados no elenco de direitos e deveres económicos, sociais e culturais podem indicar-se, *v.g.*, os artigos 59.º, n.º 1, alíneas a), b) e d), 60.º, n.º 1, 61.º, 62.º, 68.º, n.º 3, e 74.º, alínea a).

Um contexto económico-político de crise coloca sérios entraves à promoção dos direitos fundamentais, muito particularmente dos direitos sociais de forte incidência prestacional, que são, amiúde, objeto de legislação regressiva (*downsizing*), especialmente em prestações sociais tidas por fundamentais para o bem-estar social, em domínios como os da previdência, dos salários, da segurança ou da saúde<sup>93</sup>.

Uma análise comparatística diagnosticou que, nas últimas décadas, as jurisdições constitucionais europeias tinham sido “demasiadamente cautelosas” quando se tratava de decidir questões que impunham consequências

---

princípio da igualdade, *cfr.* os acórdãos n.º 232/2003, de 13.05.2003; e n.º 672/2005, de 06.12.2005. Para uma análise crítica, *cfr.* MORAIS, Carlos Blanco de, *Curso de Direito Constitucional — Teoria da Constituição em Tempo de Crise do Estado Social*, II, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 680-686. Sobre o tema, em geral, BOTELHO (nota 17), pp. 434-475.

<sup>91</sup> ESCOBAR ROCA, Guillermo, “Indivisibilidad y Derechos Sociales: De la Declaración Universal a la Constitución”, *Lex Social — Revista jurídica de los Derechos Sociales*, 2, 2012, pp. 47-61, p. 52. Sobre as dificuldades interpretativas potenciadas pelos princípios jurídicos, *cfr.* BARCELLOS, Ana Paula de, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais — O princípio da dignidade da pessoa humana*, 3.ª ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2011, pp. 195-203, BARROSO, Luís Roberto, “La Nueva interpretación constitucional y el papel de los principios en el derecho brasileño”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 14, 2004, pp. 177-212, p. 180, BOTELHO, Catarina Santos, “O papel dos princípios na interpretação constitucional”, *in* AA.VV, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, 2016, no prelo, pp. 59-86, GUASTINI, Ricardo, “Les principes de droit en tant que source de perplexité théorique”, *in* AA.VV (dir. CAUDAL, S.) *Les Principes en Droit*, Economica, Paris, 2008, pp. 113-123, RIBEIRO, Gonçalo de Almeida, “O constitucionalismo dos princípios”, *in* AA.VV (org. RIBEIRO, G. A. e COUTINHO, L. P.), *O Tribunal Constitucional e a Crise — Ensaios Críticos*, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 69-103, pp. 81-102, e VECCHIO, Giorgio del, *Los principios generales del derecho*, 3.ª ed., Barcelona: Bosch, 1971, pp. 113-125.

<sup>92</sup> VIDA SORIA, J. *apud* BUTT, Mark Eric, KÜBERT, Julia, e SCHULTZ, Christiane Anne, *Fundamental Social Rights in Europe — Working Paper*, European Parliament, 1999, Luxemburg: Lothar Bauer, p. 26.

<sup>93</sup> BOTELHO (nota 17), p. 37, e CRUZ PARCERO, (nota 60), p. 76.



financeiras para os Estados<sup>94</sup>. Em Portugal, alguma doutrina tinha inclusivamente acusado o Tribunal Constitucional de uma “significativa autocontenção” e “sistemática condescendência para com a atuação do legislador”<sup>95</sup>. Nesta sede e de forma expressiva, JORGE REIS NOVAIS questionava mesmo: “o que se pode concluir de uma jurisprudência que conduz quase sistematicamente a um resultado de não inconstitucionalidade?”<sup>96</sup>. Quarenta anos volvidos da aprovação da atual Constituição da República Portuguesa, a pergunta a fazer é a seguinte: terá o Tribunal Constitucional sido fiel a esta lógica de autocontenção num contexto económico e financeiro de crise?

Como é sabido, em maio de 2011, o Estado português assinou um “programa de assistência económica e financeira”, que se corporizou no *Memo-rando de Entendimento* acordado com a tríade Comissão Europeia, Banco Central Europeu e Fundo Monetário Internacional (conhecida por *Troika*) e que implicou a adoção de fortes medidas de austeridade<sup>97</sup>. Nesta conjuntura, não é de surpreender que tenham reacendido os seguintes debates constitucionais: (i) até que ponto (ou se é de todo admissível) um retrocesso ou uma *reformatio in pejus* dos direitos a prestações derivados da lei; (ii) qual o papel do Tribunal Constitucional perante as polémicas medidas anti-crise<sup>98</sup>.

Obviamente que, perante a ausência de um genuíno princípio de proibição do retrocesso social — que colocaria em perigo o princípio da alternância democrática, que postula uma abertura a todas as opções políticas que se movam dentro do marco constitucional<sup>99</sup> — a tarefa do juiz constitucional na apreciação da constitucionalidade de opções político-legislativas regressivas surge como mais complexa e sujeita a um controlo de certa forma mais limitado<sup>100</sup>.

Somos de opinião que se pode desenhar, muito claramente, uma linha evolutiva naquilo a que se vem apelidando de ‘jurisprudência constitucional de

<sup>94</sup> BRINKS, Daniel M., e GAURI, Varun, “A New Policy Landscape: Legalizing Social and Economic Rights in the Developing World”, in AA.VV (ed. BRINKS, D. M./ GAURI, V.) *Courting Social Justice — Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, New York: Cambridge University Press, 2008 pp. 303-351, p. 344, e VANDENHOLE, Wouter, “Conflicting Economic and Social Rights: the Proportionality Plus Test”, in AA.VV (ed. BREMS, E.) *Conflicts Between Fundamental Rights*, Antwerp-Oxford-Portland: Intersentia, 2008, pp. 559-590.

<sup>95</sup> NOVAIS (nota 70), p. 374, e p. 38.

<sup>96</sup> (Nota 70), p. 382. Em acréscimo, CANOTILHO, J. J. Gomes, *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 97-114, p. 105, adverte que se assiste a uma “capitulação das normas constitucionais perante a facticidade económico-social”.

<sup>97</sup> ANTUNES, Tiago, “Reflexões constitucionais em tempos de crise económico-financeira”, in AA.VV (coord. OTERO, P. et al.) *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 727-759, p. 727.

<sup>98</sup> BOTELHO (nota 17), pp. 33-34.

<sup>99</sup> BOTELHO, Catarina Santos, “Os direitos sociais num contexto de austeridade: um elogio fúnebre ao princípio da proibição do retrocesso social?”, *Revista da Ordem dos Advogados*, I/II, 75, 2015, pp. 259-294, pp. 287-288.

<sup>100</sup> NIVARD, Carole, “La justiciabilidad de los derechos sociales en el Consejo de Europa”, *Lex Social*, 2, 2016, pp. 12-33, p. 27.

crise', que iniciou precisamente com uma *adesão à retórica da crise*<sup>101</sup>. Neste momento temporal verificou-se um certo *favor legislatoris*, ou seja, a jurisdição constitucional entendeu por bem ter em consideração, para a fundamentação dos seus arestos, os fatores endógenos e exógenos da crise económica e financeira, que justificariam uma certa dose de autocontenção jurisprudencial. A este propósito, são de destacar os Acórdãos n.º 399/2010 e n.º 396/2011, em que o Tribunal Constitucional viabilizou, respetivamente, as medidas de contenção orçamental e os primeiros cortes salariais<sup>102</sup>.

No ano seguinte, o Tribunal constitucional *matizou* a sua posição, através (diretas) indiretas ao legislador, isto é, de alguns 'recados' ao poder político-legislativo no sentido de que a sua tolerância ao argumento da crise seria inversamente proporcional à duração da mesma<sup>103</sup>. Em finais de 2013 e inícios de 2014, volvidos quase três anos após a presença da Troika em Portugal, o Tribunal Constitucional enveredou por uma formulação do juízo de constitucionalidade segundo uma *lógica de normalidade*, dando como superado o argumento da conjuntura económico-financeira excecional<sup>104</sup>. O pensamento subjacente a esta jurisprudência foi o de que o argumento da excecionalidade tem de ser verdadeiramente isso — isto é, tem de tratar-se de uma situação passageira e transitória — não se compaginando portanto com uma perpetuidade da justificação da crise para a aprovação de medidas regressivas.

Muito recentemente, alguma doutrina defendeu que, num contexto de austeridade, a jurisdição constitucional portuguesa iria ser deferente para com as medidas governamentais, dando como justificação o facto de os principais partidos políticos acordarem entre si os magistrados constitucionais<sup>105</sup>. Pois

<sup>101</sup> BOTELHO (nota 17), p. 490, e BOTELHO (nota 96), pp. 292-293. Em sintonia, cfr., entre outros, MORAIS (nota 91), pp. 711-732, MEDEIROS, Rui, "Jurisprudência Constitucional Portuguesa sobre a Crise: Entre a Ilusão de um Problema Conjuntural e a Tentação de um Novo Dirigismo Constitucional", in AA.VV (org. RIBEIRO, G. A. e COUTINHO, L. P.) *O Tribunal Constitucional e a Crise — Ensaios Críticos*, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 265-273, PINTO, Paulo Mota, "A Proteção da Confiança na «Jurisprudência da Crise»", in AA.VV (org. RIBEIRO, G. A. e COUTINHO, L. P.) *O Tribunal Constitucional e a Crise — Ensaios Críticos*, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 133-181, p. 143.

<sup>102</sup> De 27.10.2010 e de 21.11.2011.

<sup>103</sup> Cfr. os Acórdãos n.º 353/2012, de 05.07.2012, que restringiu, nos termos do n.º 4 do artigo 282.º, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da suspensão parcial/total dos subsídios de férias e de Natal dos funcionários públicos e pensionistas; n.º 187/2013, de 05.04.2013, através do qual o TC viabilizou o corte nas horas extraordinárias dos funcionários públicos e a Contribuição Extraordinária de solidariedade (CES), mas invalidou, entre outras disposições, a suspensão do subsídio de férias a pensionistas, funcionários e docentes de investigação; ou o n.º 794/2013, de 21.11.2013, em que o TC viabilizou o aumento do horário de trabalho dos funcionários públicos de 35 para 40 horas semanais.

<sup>104</sup> Vide os Acórdãos n.º 862/2013, de 19.12.2013, que chumbou a convergência das pensões da Caixa Geral de Aposentações; n.º 413/2014, de 30.05.2014, no qual o TC inviabilizou três de quatro normas do Orçamento de Estado, por violação do princípio da igualdade e da proporcionalidade; e o n.º 575/2014, de 14.08.2014, que chumbou a Contribuição de Sustentabilidade que seria de aplicar sobre as pensões a partir de 2015, com fundamento na violação do princípio da proteção da confiança.

<sup>105</sup> VIEIRA, Mónica Brito, e SILVA, Filipe Carreira da, "Getting Rights Right: Explaining social rights constitutionalization in revolutionary Portugal", *International Journal of Constitutional Law*, 11 (4), 2013, pp. 898-922, p. 921.

bem, veio a realidade das coisas a provar o contrário e atestar que o argumento da conotação política dos juízes acaba por ser já um cliché<sup>106</sup>.

Ainda que subsista uma resistência em atribuir aplicabilidade direta aos direitos sociais, o Tribunal Constitucional português tem sido considerado, tanto pela doutrina nacional como pela doutrina estrangeira, como “um dos tribunais mais ativos” quando se tratou de fiscalizar a compatibilidade das medidas de austeridade com o Estado Social<sup>107</sup>. Em confirmação desta ideia, num artigo do jornal português *Observador* contém um gráfico que demonstra que, de entre os treze juízes que compõem o Tribunal Constitucional, dez juízes votaram no sentido da inconstitucionalidade de mais de metade das principais medidas de austeridade do Governo que foram sujeitas a apreciação de constitucionalidade<sup>108</sup>.

Em pleno século XXI, um dos grandes dilemas da teoria constitucional continua a ser o de compreender como satisfazer a dupla ambição de limitar a atividade do legislador e a atividade do juiz constitucional. Será que a primazia da Constituição é a mera subordinação ao legislador?<sup>109</sup> Mas isso não será subverter a própria ideia de justiça constitucional como contrapoder?

Com efeito, uma maior limitação do juiz resulta em maior liberdade legislativa e, ao invés, uma maior limitação do legislador, trará consigo um acréscimo de liberdade decisória ao poder judicial<sup>110</sup>. Neste misto de cooperação institucional e de concorrência, ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE avançou com uma interessante formulação, que passaria por dar ao legislador a preferência, mas ao Tribunal Constitucional a primazia<sup>111</sup>. Por outras palavras, o legislador é o “primeiro intérprete da Constituição”, desde logo porque acompanha, *ab ovo*, o processo de feitura da legislação, mas não é o seu intérprete supremo, porquanto este papel compete à jurisdição constitucional<sup>112</sup>.

<sup>106</sup> BOTELHO (nota 17), p. 484.

<sup>107</sup> DIMOPOULOS, Andreas, “PIGS and Pearls: State of Economic Emergency, Right to Resistance and Constitutional Review in the Context of the Eurozone Crisis”, *Vienna Journal on International Constitutional Law*, 7 (4), 2013, pp. 501-520, GORDILLO PÉREZ, Luis, “Derechos Sociales y Austeridad”, *Lex Social — Revista jurídica de los Derechos Sociales*, 4, 2014, pp. 34-56, p. 55, e RODEAN, Neliana, “Social rights in our backyard: ‘Social Europe’ between standardization and economic crisis across the continent”, in AA.VV (ed. D’AMICO, M., e GUIGLIA, G.) *European Social Charter and the challenges of the XXI century — La Charte Sociale Européenne et les défis du XXI<sup>e</sup> siècle*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, pp. 23-49, pp. 41-42.

<sup>108</sup> Artigo intitulado “Juízes mais desafinados à direita do que à esquerda no TC”, da autoria dos jornalistas Catarina Falcão e Milton Cappelletti, publicado a 05.06.2014, disponível em: <http://observador.pt/2014/06/05/juizes-da-maioria/>.

<sup>109</sup> WAHL, Rainer, “Der Vorrang der Verfassung”, *Der Staat*, 20, 1981, pp. 485 e ss., p. 487.

<sup>110</sup> BOTELHO (nota 17), p. 481, e TUSHNET, Mark, *Red, White, and Blue — A Critical Analysis of Constitutional Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 313.

<sup>111</sup> “Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtig Lage der Grundrechtsdogmatik”, *Der Staat*, 29, 1990, pp. 1-31, p. 18.

<sup>112</sup> HÄBERLE, Peter, “Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten”, *Juristenzeitung*, 1975, pp. 297-305, p. 300, e KIRCHHOF, Paul, “Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung”, in AA.VV (ed. BADURA, P., e SCHOLZ, R.) *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung — Symposium aus Anlass des 70. Geburtstags von Peter Lerche*, München: C.H.Beck, 1998, pp. 5-22, p. 16.

Para finalizar as considerações precedentes, somos de opinião que uma excessiva autocontenção neste domínio não se coaduna com a expressão constitucional que os direitos sociais assumem no nosso ordenamento jurídico-constitucional. Em boa verdade e como fomos densificando ao longo deste nosso trabalho, a Constituição da República Portuguesa é garantista e diligenciada na promoção dos direitos sociais<sup>113</sup>.

Seja como for, uma genuína tutela dos direitos sociais não dependerá nunca apenas do acolhimento que estes encontrarem no Tribunal Constitucional português. Como em tantos outros domínios jurídicos, a responsabilidade é, sem dúvida, partilhada. São, pois, múltiplos os intervenientes e os promotores da garantia dos direitos fundamentais sociais, a saber, entre outros: o Legislador, os Tribunais ordinários, a Administração Pública, o Provedor de Justiça ou o Conselho Económico e Social.

Em acréscimo, é imperioso reconhecer que o Estado não pode assumir todas as dores pelo (relativo) insucesso do modelo de Estado social. Neste ensejo, uma das formas de tutelar eficazmente os direitos sociais é incrementar os laços entre os direitos sociais e a *democracia participativa*. Para efetivação dos direitos sociais, a Constituição permite uma abertura “às iniciativas vindas da sociedade civil”, plasmada nos artigos 2.º, *in fine*, e na alínea c) do artigo 9.º, não pretendendo ser, por conseguinte, estatizante e dirigente<sup>114</sup>.

---

<sup>113</sup> BOTELHO (nota 17), p. 486.

<sup>114</sup> BOTELHO (nota 17), pp. 357-358, e MIRANDA, Jorge, “Regime específico dos direitos económicos, sociais e culturais”, in AA.VV, *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor João Lumbrals*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 345-361, pp. 350-352.