



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

CENTRO REGIONAL DO PORTO
FACULDADE DE DIREITO
ESCOLA DE DIREITO

Os “Direitos Sociais” em Tempos de Crise – A imposição
legiferante e a força jurídica dos “direitos sociais”

Dissertação de mestrado em Direito elaborada sob a orientação do
Professor Doutor Manuel Afonso Vaz

Ricardo Carvalho de Azevedo da Encarnação
Porto, Novembro de 2014

"Para garantia dos cidadãos, para a construção de um Estado de Direito, é fundamental que o poder político esteja limitado pela sua divisão entre os órgãos de soberania; só assim, de resto, poderá falar-se de fiscalização de um sobre o outro órgão".

FRANCISCO SÁ CARNEIRO – *Ser ou Não ser Deputado*

À minha Mãe e ao meu Pai, por me terem ensinado a caminhar e me terem mostrado o caminho.

Ao Miguel, na sua dupla qualidade de irmão e melhor amigo, por ter sido sempre o meu apoio.

À Diana, por ter sempre acreditado e nunca me ter deixado desistir.

Aos meus Avós, Tios e Primos, por todos fazerem parte daquilo que eu sou.

À Tia Nena, à Ia e à Carolina, por também serem as minhas “avós”.

À Universidade Católica Portuguesa, em especial, ao meu orientador, Professor Doutor Manuel Afonso Vaz, por toda a dedicação, paciência e disponibilidade.

Índice

	Pág.
Lista de abreviaturas	6
Introdução	7
PARTE I	
O Estado Social e os Direitos Sociais	
1.1 O Estado Social	11
1.2 Os “direitos sociais” e os Direitos e Deveres Económicos, Sociais e Culturais na Constituição Portuguesa de 1976	12
1.3 Os “Direitos Sociais” como Direitos Prestacionais	19
PARTE II	
A Força Jurídico-Constitucional dos “Direitos Sociais” e o Princípio da Não Reversibilidade dos Direitos Adquiridos	
2.1 A Força Jurídico-Constitucional dos “Direitos Sociais”	22
2.2 A Imposição Legiferante	23
2.3 O Controlo Jurisdicional da Imposição Legiferante	25
2.4 O Princípio da Proibição do Retrocesso dos “Direitos Sociais”	30
2.5 Os “Direitos Sociais” como verdadeiros “Princípios Constitucionais”	32

PARTE III

A Proteção do Mínimo Existencial, a Reserva do (Financeiramente) Possível e o Princípio da Socialidade Sustentável

3.1 Os “Direitos Sociais” e a proteção do mínimo existencial	34
3.2 A Reserva do (Financeiramente) Possível	37
3.3 O Princípio da Socialidade Sustentável	38
Conclusão	42
Bibliografia	45

Lista de abreviaturas

AcTC – Acórdão do Tribunal Constitucional

Art. – Artigo

Cfr. – Conferir

CRP – Constituição da República Portuguesa

Segs. – Seguintes

TC – Tribunal Constitucional

Introdução

A presente dissertação é o resultado de um trabalho de investigação que teve a sua génese na curiosidade suscitada na conferência organizada pelo Prof. Doutor Manuel Afonso Vaz, meu orientador, no Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa com o tema “A Constituição em Tempos de Crise”.

Estes “direitos sociais”, que como iremos ver não se confundem com aqueles direitos catalogados na Constituição da República Portuguesa como “direitos e deveres económicos, sociais e culturais”¹, tendem a ser considerados, pelos cidadãos, direitos já adquiridos contra o Estado e que o Estado tem a obrigação de os prestar².

Ora, fruto da crise financeira de 2008 que provocou a depressão económica que ainda hoje se manifesta, o Estado Social³ que, digamos, ironicamente surge no pós-Grande Depressão de 1929, e depois no pós-guerra, foi abalado de tal forma que ressurgiu a questão de saber qual a força jurídica destes preceitos constitucionais e qual o seu conteúdo, *i.e.*, quais os limites mínimos e máximos destes direitos.

Embora alguns autores defendam vivamente o princípio – utilizado quase como um estandarte – da não reversão dos direitos

¹ Cfr. arts. 58.º a 79.º da CRP.

² Desde já os assumindo como direitos prestacionais.

³ Também referidos como Estado-Providência ou Estado de Bem Estar Social.

adquiridos⁴, a questão não nos parece poder ser tão facilmente tratada. Que direitos adquiridos? Não será apenas verdadeiramente adquirido o próprio Estado Social? Se a sustentabilidade do mesmo estiver em causa, será possível ao Estado prestar tais direitos de forma a garantir que o Estado seja sustentável? Será legítimo arrastar esta situação de insustentabilidade, onerando as gerações futuras?

A consciência da vastidão deste tema – tanto dos “direitos sociais”, como as questões que nestes tempos de crise, ou pós-crise surgem no quotidiano de todos os cidadãos, leva-nos a delimitar o objecto de estudo ao conteúdo destes direitos de forma a descobrir em que termos estes direitos são garantidos na Constituição.

Assim sendo, o desenvolvimento do tema será feito em duas fases. Num momento inicial, iremos abordar sucintamente o Estado Social e conceptualizar os “direitos sociais” distinguindo-os dos “direitos, liberdades e garantias” e dos próprios “direitos e deveres económicos, sociais e culturais”, tal como formalmente são catalogados na Constituição. Como consequência desta tentativa de conceptualização, iremos abordar o conteúdo dos “direitos sociais”.

Na segunda parte, e tendo em consideração o conteúdo dos “direitos sociais”, iremos procurar perceber a força jurídica atribuída pelo legislador constituinte a estas normas. Aqui iremos

⁴ Cfr. JOSÉ FONTES, *O direito ao quotidiano estável – uma questão de direitos humanos*, Coimbra Editora, pág. 30.

abordar, em especial, a imposição legiferante e a concepção dos “direitos sociais” como normas-princípio constitucionais. Será também nesta fase que iremos analisar quais as garantias constitucionais nesta matéria, em especial, a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão.

Na terceira parte, iremos estudar o conceito de mínimo existencial e de reserva do possível, entendido por parte da doutrina como princípios integrantes dos “direitos sociais”, mas que, no nosso ponto de vista, embora sejam juridicamente existentes e de extrema importância nesta matéria, não têm a função de limites intrínsecos deste tipo de direitos.

Como consequência da conceituação e enquadramento jurídico destes “direitos sociais”, iremos tentar refutar o princípio da não reversibilidade ou retrospecção dos direitos adquiridos. Aqui, iremos abordar a questão considerando os direitos adquiridos sem dignidade constitucional, embora possamos desde já adiantar que entendemos, grosso modo, que o direito prestacional adquirido pelos cidadãos, pelo facto de a Lei Fundamental se ter absterido de determinar o conteúdo do direito, remetendo essa tarefa para o legislador ordinário, não tem dignidade constitucional como se de um “direito, liberdade e garantia” se tratasse.

PARTE I

O Estado Social e os “direitos sociais”

1.1 O Estado Social

O “Estado Social” (*Welfare State*) é um modelo político-económico, intimamente ligado à ideia de “Socialismo Estatal” (*Staatssozialismus*), defendido pelo economista alemão Adolph Wagner já em 1879 e que veio a influenciar o modelo da Constituição de Weimar⁵. Este modelo, muitas vezes associado às reformas propostas por Franklin D. Roosevelt como combate à Grande Depressão e aos ensinamentos da escola *keynesiana* – como contraponto ao Estado Liberal – tem de facto fortes raízes europeias e tem como seu paradigma de boa aplicação e funcionamento os estados escandinavos. Nos anos 70 do séc. XX, esta ideia de “Socialismo Estatal” perde em larga medida o seu carácter reativo e sectorial, assumindo-se como uma política que não se limita unicamente a seguir os acontecimentos passados, mas sim como uma política que pretende, através de uma programação integrada e sistemática, levar a cabo uma ação de prevenção e de promoção⁶.

Entre nós, a Constituição da República Portuguesa consagra, ou caracteriza, o Estado Português como um Estado Social logo no

⁵ Cfr. SUSANA TAVARES SILVA, *Direitos Fundamentais na Arena Global*, Coimbra, 2011, págs. 100 e segs.

⁶ Cfr. CRISTINA QUEIROZ, *Direitos Fundamentais – Teoria Geral*, Coimbra Editora, 2.^a edição, pág. 200.

início do texto constitucional através do conceito de democracia económica, social e cultural – “A República Portuguesa (...) visando a realização da democracia económica, social e cultural (...)”⁷. Nas palavras de Gomes Canotilho e Vital Moreira, este Estado Social pode ser definido como aquele que assume a “responsabilidade pública pela promoção do desenvolvimento económico, social e cultural, na proteção dos direitos dos trabalhadores, na satisfação de níveis básicos de prestações sociais para todos, e na correção das desigualdades sociais”⁸.

Este Estado Social deve ser entendido como “formação histórica resultante dos processos intervencionistas dos poderes públicos no modelo originário do Estado liberal, vinculando a uma certa estabilização o modelo democrático de Sociedade coincidente com essa intervenção”⁹.

Decorre assim, deste art.º 2.º da CRP, o princípio da democracia económica, social e cultural¹⁰, sendo que a sua “relevância jurídico-constitucional (...) é, sobretudo, de natureza interpretativa e integradora”.

Contudo, o legislador constituinte não se bastou a consagrar com carácter jurídico-constitucional este princípio do Estado Social,

⁷ Cfr. art.º 2º da Constituição da República Portuguesa.

⁸ Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. 1, 4.ª edição, Coimbra Editora, pág. 210.

⁹ Cfr. CRISTINA QUEIROZ, *Direitos Fundamentais...*, cit., pág. 199.

¹⁰ Ou, de forma abreviada, “princípio social”, cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., pág. 211.

tendo positivado no texto constitucional verdadeiros “direitos sociais”, *i.e.*, e de forma simplista, direitos oriundos deste princípio da socialidade e que, a sua prossecução, são, por um lado, manifestação desse princípio e, por outro, uma caminho traçado pela Lei Fundamental para tornar efetivo este Estado Social.

É importante fazer aqui uma nota: o Estado Social, ou seja, a atuação intervencionista político-económica do Estado como forma de, distribuindo, ou redistribuindo, a riqueza, fomentar a justiça social embora seja considerado pela nossa sociedade como uma realidade imutável, cada vez mais se ouça falar nos problemas de sustentabilidade originados por esta concepção de Estado – contudo, no nosso ponto de vista, não será o texto constitucional a provocar a insustentabilidade do Estado porquanto, aceitando, *arguendo*, que a Constituição determina em certa medida os “direitos sociais”, então essa determinação teria que ter em conta a própria crise financeira e a escassez de recursos, pois a leitura e interpretação da Lei Fundamental tem que ter em atenção a realidade constitucional, neste caso, “os tempos de crise”.

1.2 Os “direitos sociais” e os Direitos e Deveres Económicos, Sociais e Culturais na Constituição Portuguesa de 1976

Através da simples leitura do texto constitucional¹¹ fácil é de ver que o legislador constituinte, quando elencou os Direitos

¹¹ Cfr. arts. 12.º a 79.º da CRP.

Fundamentais, procedeu a uma *summa divisio*, *i.e.*, dividiu os Direitos Fundamentais em “direitos, liberdades e garantias” e em “direitos e deveres económicos, sociais e culturais”, sendo que o enquadramento jurídico-constitucional destes dois tipos de direitos e o regime jurídico dos mesmos é notoriamente distinto, como iremos ver.

Sem nos ocuparmos aqui a aprofundar o conceito de Direitos Fundamentais¹² iremos apenas dizer que, tal como são definidos por Jorge Miranda, são “os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material”¹³.

Numa tentativa de definir quem é o destinatário destes direitos fundamentais, Reis Novais defende que são “essencialmente direitos

¹² Bacelar Gouveia ensina que: “O conceito de direitos fundamentais, de acordo com esta perspectiva específica, implicou ao Direito Constitucional, como estalão supremo da Ordem Jurídica, se entregasse a incumbência singular de proteção da pessoa humana. Assim, os direitos fundamentais são as posições jurídicas ativas das pessoas integradas no Estado-Sociedade, exercidas por contraposição ao Estado-Poder, positivadas no texto constitucional, daqui se descortinando três elementos constitutivos: (i) um elemento subjetivo: as pessoas integradas no Estado-Sociedade, os titulares dos direitos, que podem ser exercidos em contraponto ao Estado-Poder; (ii) um elemento objetivo: a cobertura de um conjunto de vantagens inerentes aos objetos e aos conteúdos protegidos por cada direito fundamental; (iii) um elemento formal: a consagração dessas posições de vantagem ao nível da Constituição, o estalão supremo do Ordenamento jurídico”, cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Enciclopédia da Constituição Portuguesa*, Quid Juris, págs. 127 e segs.

¹³ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. II, Tomo IV – Direitos Fundamentais, Coimbra Editora, pág. 9.

dos particulares que têm como destinatário primário o Estado”¹⁴. É nossa opinião de que esta característica dos direitos fundamentais é apenas aplicável aos “direitos, liberdades e garantias” em sentido material, não valendo para aquilo que iremos denominar “direitos sociais”, porquanto estes não atribuem, pelo menos no nível constitucional, qualquer direito – no sentido de posição jurídica subjetiva – aos particulares.

Ora, como acima o dissemos, na nossa Constituição estes direitos são divididos formalmente em dois grupos distintos: os direitos, liberdades e garantias e os direitos e deveres económicos, sociais e culturais”. Os “direitos, liberdades e garantias” têm um regime jurídico-constitucional específico face aos restantes direitos constantes do texto constitucional, porquanto a Constituição, não só consagrou o regime constante nos artigos 18.º e segs. da CRP¹⁵ como moldou estes direitos de forma determinável, assumindo-os como verdadeiros direitos constitucionais e retirando à opção legislativa ordinária o poder de os determinar. Este regime jurídico específico dos “direitos, liberdades e garantias”, por força do disposto no artigo 17.º da CRP, aplica-se também “aos direitos fundamentais de natureza análoga”¹⁶ àqueles, *i.e.*, direitos que, embora formalmente

¹⁴ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, pág. 454.

¹⁵ Vide, como exemplo, art.º 19.º (Suspensão do exercício de direitos) e art.º 21.º (Direito de resistência) da CRP.

¹⁶ Como refere Manuel Afonso Vaz, “o próprio legislador constituinte reflete essa dificuldade de catalogar todos os preceitos que se revelem, para efeitos de regime jurídico-constitucional, como direitos, liberdades e garantias e, por isso, prescreveu a aplicação do regime dos direitos, liberdades e garantias também aos direitos fundamentais de natureza análoga aos enunciando no Título II”, cfr.

não se insiram no catálogo dos “direitos, liberdades e garantias”, “consagrem posições jurídicas de determinidade constitucional”¹⁷. Os “direitos sociais”, por sua vez, como iremos ver de forma mais aprofundada infra, “são direitos sob reserva (condição) de lei”¹⁸, no sentido de que a Constituição não os determina, deixando essa determinação ao legislador ordinário, e ainda que o legislador possa ser responsabilizado pela sua inércia – iremos aprofundar esta responsabilidade infra (pág.) – a estrutura da norma é impositiva de atuação/produção legislativa e não, essencialmente, proibitiva como acontece em relação aos “direitos constitucionais”¹⁹ para significar os direitos, liberdades e garantias de determinidade constitucional.

Estas normas constitucionais, que têm um conteúdo determinado pela Constituição, afastando assim a sua determinabilidade do poder político-legislativo, são normas precativas que consagram verdadeiros direitos constitucionais, ou seja, são normas com capacidade para diretamente atribuir direitos subjetivos – serão estas normas que, pela dignidade que a Constituição lhes confere serão denominadas como os “direitos, liberdades e garantias” de natureza material, *i.e.*, aqueles direitos catalogados formalmente como “direitos, liberdades e garantias” e

MANUEL AFONSO VAZ, *Lei e Reserva da Lei – A causa da Lei na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.^a Edição, Coimbra Editora, pág. 371.

¹⁷ Cfr. Idem, pág. 370.

¹⁸ Cfr. Idem, pág. 373.

¹⁹ Expressão utilizada por MANUEL AFONSO VAZ, em *Juris et de Jure – Nos 20 anos da Faculdade de Direito da UCP – Porto*, págs. 435 e segs.

ainda todos aqueles outros Direitos Fundamentais – incluídos ou não no texto constitucional – de natureza análoga²⁰.

Partindo do pressuposto lógico de que estamos aqui a atentar numa divisão, ou classificação, no sentido material, entre os direitos acima referidos e os “direitos sociais”, iremos agora ocupar-nos em explicitar porque é que não podemos confundir o conceito de “direitos sociais”, em sentido material, e aqueles “direitos e deveres económicos, sociais e culturais”, em sentido formal.

Se nos é permitida fazer uma categorização pela negativa destes “direitos sociais” então estes serão, pelo supra exposto, todos aqueles direitos fundamentais sem “densidade bastante para alcançarem o nível de determinabilidade necessário para fruir do regime dos direitos, liberdades e garantias”²¹²².

Ora, estes direitos que denominamos por “direitos sociais”, em sentido material, não conferem posições jurídicas subjetivas nem é possível que lhes seja conferida aplicabilidade direta. Tal como ensina Manuel Afonso Vaz “a determinidade constitucional tem precedência lógica sobre a aplicabilidade direta”²³, ou seja, quando a

²⁰ *Vide*, como exemplo de direito de natureza análoga aos “direitos, liberdades e garantias”, o n.º 7 do art.º 276.º da CRP.

²¹ Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., pág. 378.

²² Divergimos assim de Reis Novais que defende o princípio da reserva do possível como limite intrínseco ao conteúdo dos “direitos sociais”, considerando assim que estes direitos se encontram, pelo menos em relação aos seus limites, determinados constitucionalmente, cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, págs. 89 e segs.

²³ MANUEL AFONSO VAZ, *Lei...*, cit., pág. 367.

Constituição não confere um elevado grau de determinabilidade a uma norma, deixando espaço para o poder legislativo ordinário a determinar, não é possível que esta possa ter aplicabilidade direta, sendo que nestes casos a posição jurídica subjetiva, a existir, será atribuída não pela lei constitucional mas pela norma ordinária que o determine²⁴.

O que foi acima explicado permite-nos perceber que não podemos confundir estes “direitos sociais” – em que a Constituição delegou²⁵ a determinação do direito ao poder político-legislativo – com todos aqueles direitos que formalmente foram categorizados como “direitos e deveres económicos, sociais e culturais”.

De facto, existem dentro desta categoria formal de direitos, verdadeiros preceitos constitucionais, isto é, normas que conferem posições jurídico subjetivas aos cidadãos, sendo que, as mais das vezes, as normas constantes deste catálogo desdobram-se, sendo, num dos seus números, uma norma precativa e, no outro ou outros, uma norma programática ou norma-tarefa²⁶.

²⁴ No mesmo sentido, MARIA LÚCIA AMARAL na Declaração de Voto do AcTC nº 575/2014: “O direito a receber, em substituição dos rendimentos de um trabalho que no ciclo final da existência humana se não pode mais prestar, um certo montante de pensão é um direito conformado pela lei ordinária e não pela Constituição. É a Lei que determina quais os pressupostos que devem estar reunidos para que este direito se constitua, com um conteúdo líquido e certo, na esfera jurídica do seu titular; é a lei que determina a partir de que momento dele se pode fruir; é nos termos da lei que se determina o montante exato da prestação que a ele corresponde.”, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

²⁵ Atente-se aqui na expressão “incumbe ao Estado” – repetida diversas vezes pelo legislador constituinte aquando da positivação destas normas constitucionais.

²⁶ Em relação à distinção conceptual de norma programática e norma-tarefa, cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., págs. 1176 e segs.

Vamos atentar, de forma a tornar o acima dito mais perceptível, no artigo 58.º da CRP, com a epígrafe “Direito ao Trabalho”:

- O n.º 1 deste artigo dispõe que: “Todos têm direito ao trabalho”.

Esta norma consagra, indubitavelmente, um direito fundamental de natureza análoga aqueles catalogados como direitos, liberdades e garantias. A própria Constituição concedeu determinabilidade a este preceito legal, de tal forma que lhe é aplicável aquele regime jurídico-constitucional específico dos direitos, liberdades e garantias. Esta é a primeira disposição dentro do Título “Direitos e deveres económicos, sociais e culturais”: ninguém pode ser proibido de trabalhar.

- O n.º 2 deste mesmo artigo dispõe que: “Para assegurar o direito ao trabalho, incumbe ao Estado promover: a) a execução de políticas de pleno emprego; b) a igualdade de oportunidades na escolha da profissão ou género de trabalho e condições para que não seja vedado ou limitado, em função do sexo, o acesso a quaisquer cargos, trabalho ou categorias profissionais; c) A formação cultural e técnica e a valorização profissional dos trabalhadores”.

Aqui, no n.º 2, a Constituição não determina, nem tenta determinar, o conteúdo deste direito. O que o legislador constituinte faz é delegar, ordenar ou impor ao poder legislativo ordinário que este, dentro das suas competências próprias, legisle, determinando estes direitos.

O exemplo apresentado, comprova-nos aquilo que já anteriormente tínhamos referido: não podemos classificar doutrinalmente como “direitos sociais” todos aqueles direitos, contidos em normas, que a Constituição formalmente categorizou como “direitos e deveres económicos, sociais e culturais”, porquanto a divisão feita na Lei Fundamental é puramente formal, não tendo em atenção a sua materialidade.

1.3 Os “Direitos Sociais” como Direitos Prestacionais

Efectuada a distinção material entre “direitos sociais” e “direitos, liberdades e garantias” através da determininidade constitucional destes preceitos jurídico-constitucionais, iremos agora procurar distinguir estes dois grupos de direitos através do “tipo de incumbências referidas estruturalmente ao Estado num caso e noutro, as quais fazem transparecer o carácter regressivo ou expansivo da intervenção do Estado, relativamente à enunciação constitucional do direito”²⁷.

²⁷ Cfr. MANUEL AFONSO VAZ em *Juris et de Jure...*, cit., págs. 444 e 445.

Em relação ao “direitos, liberdades e garantias”, e aos direitos fundamentais de natureza análoga, podemos dizer que estes, historicamente, são direitos de carácter negativo, *i.e.*, são direitos adquiridos pelos cidadãos contra o Estado. Esta perceção negativa, pode-se assumir assim como direitos de *non facere*, como podemos constatar pelo disposto no n.º 2 do art.º 24.º da CRP: “Em caso algum haverá pena de morte”. A Constituição aqui positiva um direito de todos contra o poder estadual, não possibilitando o poder político-legislativo, mesmo democrático, a atentar, *i.e.*, legislar contra este preceito.

Esta faceta dos “direitos sociais”, direitos que importam uma atuação prestacional do poder estadual e, com isso, importando custos financeiros ao Estado²⁸, é o que leva a doutrina a tratar da questão do princípio da reserva do possível, ou limite máximo que os cidadãos podem exigir do Estado em termos de “direitos sociais”, questão com que nos iremos debruçar de forma mais aprofundada infra.

Por sua vez, os “direitos sociais”, no sentido material que acima definimos, podem ser denominados como direitos “através” do Estado, ou seja, direitos com um carácter positivo, que exigem um

²⁸ Não nos iremos aqui discutir se são estes custos financeiros uma das causas de separação entre os “direitos sociais” e os “direitos, liberdades e garantias”, para discussão aprofundada deste tema cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, cit., págs. 93 e segs.

facere por parte do Estado, e por isso denominados como “direitos a prestações”²⁹.

Como forma de conclusão a esta caracterização dos “direitos sociais” como direitos prestacionais, cumpre-nos dizer que, ao contrário do que é defendido por parte da doutrina especializada não aceitamos a vertente negativa dos “direitos sociais”, isto é, não consideramos que alguns “direitos sociais” são verdadeiros “direitos de defesa”, a par do que são os “direitos, liberdades e garantias” pelo facto de que, tal como já referimos, cremos que estes direitos são verdadeiros direitos de natureza análoga aos “direitos, liberdades e garantias” e que, embora sejam formalmente caracterizados como “direitos e deveres económicos, sociais e culturais”, não podem ser considerados verdadeiros “direitos sociais”, ou seja, direitos prestacionais onde a Constituição atribuiu, ou impôs, ao legislador ordinário a determinação do conteúdo destes direitos, o que logicamente, impede que estes direitos atribuam constitucionalmente posições jurídicas subjetivas e que, tal como acontece com os “direitos, liberdades e garantias”, tenham aplicabilidade direta.

²⁹ Considerando esta conceptualização como tradicional e apontando para a designação dos “direitos fundamentais sociais” como “títulos” ou “pretensões”, cfr. CRISTINA QUEIROZ, *Direitos Fundamentais...*, cit., págs. 182 e segs.

PARTE II

A Força Jurídico-Constitucional dos “Direitos Sociais” e o Princípio da Não Reversibilidade dos Direitos Adquiridos

2.1 A Força Jurídico-Constitucional dos “Direitos Sociais”

Na primeira parte desta dissertação, quando abordamos a não determinidade constitucional dos “direitos sociais”, demos um passo maior do que aquele que pretendíamos naquela fase antecipando que a falta de determinidade constitucional conduzia à não concessão, através destes “direitos sociais”, de qualquer posição jurídica subjetiva aos cidadãos.

Tal como acima já dissemos, esta conclusão advém da precedência lógica que a determinidade tem sob a possibilidade de categorização de uma norma como preceptiva e sob a possibilidade de aplicabilidade direta. De facto, se a Constituição opta por não determinar os “direitos sociais”, impondo ao legislador ordinário que, legislando, determine estes direitos, será essa norma jurídica ordinária que determina os direitos que, sem possuir dignidade constitucional formal, atribui uma posição jurídica subjetiva.

Assim, se estes “direitos sociais” não conferem posições jurídicas subjetivas³⁰, isto é, não concedem direitos aos cidadãos que estes

³⁰ Em sentido contrário, cfr. CRISTINA QUEIROZ, *Direitos Fundamentais...*, cit., pág. 188.

possam fazer valer face ao Estado, nem têm, como consequência da falta de determinidade constitucional aplicabilidade direta – por outras palavras, não é aplicável a estes direitos o regime jurídico-constitucional dos “direitos, liberdades e garantias”, então qual será o valor destas normas?

Como já vimos, as normas constitucionais a que chamamos “direitos sociais” não são normas precativas, sendo que esta realidade poderia levar-nos nos levar a classificá-los como normas programáticas, ou seja, normas que traçam princípios a serem cumpridos pelos órgãos de soberania constituídos. Estas normas programáticas, são, como ensina Jorge Miranda³¹ normas com eficácia mediata, visto que estas só produzem efeitos na esfera jurídica dos cidadãos quando são concretizadas através de lei ordinária.

Isto não quer dizer que, pelo facto de rejeitarmos a aplicação do regime específico dos “direitos, liberdades e garantias”, não reconhecamos a juridicidade constitucional destas normas, como iremos ver a seguir.

2.2 A Imposição Legiferante

Como dissemos, os “direitos sociais” são direitos direccionados não aos cidadãos mas ao legislador, impondo-lhe, ou, utilizando o termo constante do texto constitucional, incumbindo-o de legislar,

³¹ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito...*, cit., Tomo II, págs. 280 e segs.

de forma a determinar o conteúdo destes direitos e, assim, fazer com que estes sejam exequíveis. Manuel Afonso Vaz ensina que “os preceitos constitucionais respectivos não são, por isso, aplicáveis imediatamente e muito menos constituem preceitos exequíveis por si mesmos. Se falha à norma o carácter precetivo, então as medidas legislativas são necessárias para tornar precetivas as normas constitucionais e não para as tornar exequíveis”³².

É a esta realidade, ao facto de a Constituição não apenas conceder ao órgão legislativo o poder para determinar o conteúdo deste tipo de direitos constitucionais, impondo ao legislador ordinário uma “ação”, isto é, a legislar, nos termos do programa constitucional, a um facere – uma prestação, digamos social, a que nos reportamos como uma imposição legiferante. A Constituição, não impõe ao legislador nenhum caminho a seguir, impõe-lhe um fim – o fim social do Estado – e deixa ao legislador ordinário o poder de conformar o próprio direito social, determinando-o à luz do programa político vigente.

A imposição legiferante é então a obrigação de legislar de forma a tornar determinável estes “direitos sociais” – não nos alinhamos assim com a corrente doutrinal que entende não se tratar de uma questão de determinabilidade mas sim de exequibilidade ou de concretização de um preceito em parte determinado. Iremos agora perceber como é que é garantida esta imposição constitucional.

³² Cfr. *Juris et de Jure...*, cit., págs 446 e 447.

2.3 O Controlo Jurisdicional da Imposição Legiferante

A Constituição Portuguesa de 1976, nos seus artigos 277.^o a 283.^o, consagra a justiça constitucional, ou seja, um complexo de atividades jurídicas desenvolvidas por um ou vários órgãos jurisdicionais, destinadas à fiscalização da observância e cumprimento dos preceitos e princípios constitucionais vigentes³³.

Será, assim, pelo recurso à justiça constitucional, que a Constituição garante o cumprimento, por parte do legislador ordinário, da incumbência que esta lhe atribuiu em relação aos “direitos sociais” – incumbência de legislar de forma a determinar o conteúdo dos “direitos sociais” e, assim, atribuindo aos cidadãos verdadeiras posições jurídicas subjetivas, posições estas que não têm, como alguns parecem querer defender, dignidade constitucional – e, só assim é realizada uma verdadeira defesa da Constituição, porquanto, atribuir dignidade constitucional quando o próprio legislador constituinte se abstém de determinar a norma, incumbindo o legislador ordinário dessa tarefa, pode ser defender as recentes decisões do Tribunal Constitucional mas não é, parece-nos, defender a Lei Fundamental.

O legislador constituinte, como forma de fazer valer o texto constitucional, consagrou dois tipos, ou modos, de inconstitucionalidade: por ação e por omissão³⁴.

³³ Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., pág. 892.

³⁴ Cfr. arts. 277.^o a 283.^o da CRP.

Parte da doutrina especializada defende que o instituto da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão é, atendendo à imposição de legislar que a Constituição fez recair sobre o legislador ordinário, o mecanismo ou remédio adequado a garantir a Constituição, ou *in casu*, a garantir os “direitos sociais” – porque a fiscalização da constitucionalidade funciona como uma garantia da mesma – os “direitos sociais”. Esta não é a nossa posição, mas, em primeiro lugar, iremos tentar descortinar o que é isto da inconstitucionalidade por omissão.

O texto constitucional, no seu artigo 283.º, define inconstitucionalidade por omissão quando é verificado pelo Tribunal Constitucional³⁵ “o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais”. Este mecanismo não se reporta assim à “abstenção ilegítima da prática de uma pluralidade de atos jurídicos, o art. 283.º da CRP determina, todavia, que apenas as omissões de tipo legislativo podem ser objecto de fiscalização através do sistema de controlo de constitucionalidade constante da Lei Fundamental de 1976”³⁶.

³⁵ Órgão de justiça constitucional. Funciona, a par de todos os outros tribunais como garante da Constituição, atendendo ao sistema de controlo da constitucionalidade misto, ou seja, com traços do sistema de fiscalização difuso norte-americano e do modelo austro-germânico de fiscalização concentrada. Para o estudo aprofundado dos modelos de justiça constitucional ou sistemas de controlo da constitucionalidade cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, Tomo I, Coimbra Editora, págs. 281 e segs.

³⁶ Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, Tomo II, 2.ª edição, Coimbra Editora, pág. 498.

É preciso ressaltar aqui que, embora recaia sobre o legislador ordinário o dever geral de produção legislativa – decorrentes das suas próprias funções –, esse dever não é sindicável jurisdicionalmente, sendo apenas sujeito à fiscalização política, como decorre do princípio da separação dos poderes³⁷.

O que é sim sindicável, na fiscalização de constitucionalidade por omissão, é a inércia do órgão legislador, quando a Constituição impõe, incumbe, ordena, que este legisle sobre determinada matéria e com um determinado fim, e, quando – tal como é expresso na letra da norma constitucional – essa medida legislativa seja necessária para tornar exequíveis as normas constitucionais.

Ora, tal como anteriormente defendemos, os “direitos sociais”, ou seja, aqueles direitos prestacionais que, embora estejam inseridos no catálogo dos “direitos e deveres económicos, culturais e sociais”, não se confundem com estes, não possuem determinidade constitucional.

Neste pressuposto, da não determinidade constitucional, a imposição constitucional que recai sobre o legislador ordinário em relação a estes “direitos sociais” não é o de legislar de forma a tornar exequíveis as normas constitucionais mas sim de, através de lei, determinar o conteúdo destes direitos. Assim, será esta lei ordinária que determina o conteúdo dos “direitos sociais” que terá carácter

³⁷ Cfr. Idem, pág. 532.

preceptivo, atribuindo posições jurídicas subjetivas aos particulares, e assim sendo exequível ou, pelo menos, com características que a permitem tornar-se exequível³⁸.

Assim sendo, se negamos o instituto jurídico da fiscalização de constitucionalidade por omissão como o remédio constitucionalmente consagrado que garante esta imposição legislativa³⁹, qual é a forma de controlo adequada?

No nosso ponto de vista, embora esta incumbência do Estado de legislar e determinar o conteúdo dos “direitos sociais” seja uma imposição destacada expressamente pela Constituição do dever geral de produção legislativa pelo órgão legislador, a sindicabilidade em relação ao conteúdo legislativo será apenas política, o único meio admissível, à luz do Estado de Direito, de sindicatá-la, nestes moldes, do legislador ordinário.

Isto porque existe uma diferença gritante, associada ao princípio da separação de poderes, entre a sindicabilidade pela inércia pura do legislador e a sindicabilidade jurisdicional do conteúdo concreto destas normas constitucionais – e não preceitos.

E se, mesmo na situação em que o legislador nada legisla e assim se omite de um dever que a Constituição lhe incumbiu, não nos

³⁸ Neste sentido MANUEL AFONSO VAZ em, *Juris et de Jure...*, cit., pág. 448: “em rigor, com efeito, o tornar exequível as normas constitucionais pressupõe a determinidade constitucional destas”.

³⁹ Em sentido contrário, cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., págs. 1033 e segs.

encontramos no âmbito da inconstitucionalidade por omissão, ou pelo menos da inconstitucionalidade por omissão tal como esta é prevista na Lei Fundamental pois não se trata aqui de conferir exequibilidade a preceitos constitucionais, então, e tendo atenção e o respeito exigido pelo princípio da separação dos poderes, não é possível sindicá-la judicialmente esta abstenção legislativa.

Nesta situação, a sindicância será apenas política, isto é, a inércia do legislador em legislar na matéria dos “direitos sociais”, tal como a Constituição impõe, será sindicado democraticamente em processo eleitoral, sendo este – ou melhor, estas, as eleições – o momento por excelência de averiguação e penalização da responsabilidade política.

Tudo o que foi dito, parece apontar para o facto de que os “direitos sociais”, nos termos em que são consagrados na Constituição, não tem qualquer relevância jurídica, pois, não são determinados, não sendo assim normas precativas nem tendo aplicabilidade direta, por outro lado, também a imposição de produzir legislação de forma a determinar estes direitos, também parece não conduzir a uma inconstitucionalidade por omissão mas apenas a uma imposição sindicável politicamente. Contudo, também não é esta a nossa visão.

2.4 O Princípio da Proibição do Retrocesso dos “Direitos Sociais”

A doutrina constitucional, ou pelo menos aquela que poderemos denominar como doutrina tradicional, defendia – e, uma certa corrente ainda defende – a consagração do princípio da proibição do retrocesso social ou dos “direitos sociais”.

Este princípio, tende a considerar que os “direitos sociais”, a partir do momento que são realizados ou prestados pelo Estado, conferem um direito subjetivo aos cidadãos com proteção Constitucional, que impediria o legislador de, numa fase posterior, vir a restringir esse direito.

Embora esta tese, que também pode ser denominada de proteção dos direitos adquiridos, fosse perfilhada por vários autores, o raciocínio lógico-dogmático que os levava a esta conclusão é, ou era, tendencialmente diferente.

Gomes Canotilho, defendia – já não tem uma visão tão rígida neste ponto, admitindo em certa medida e em certos pressupostos este retrocesso social – que, estes “direitos sociais”, ao atingirem um determinado grau de realização constituíam uma garantia institucional e um direito subjetivo, que levaria à consagração deste princípio da proibição do retrocesso social decorrente do princípio da proteção da confiança, ou seja, a realização ou prestação destes “direitos sociais” levaria à criação de expectativas nos cidadãos com

relevância jurídico-constitucional que impediria o legislador de restringir estes direitos. Por sua vez, Reis Novais, que defende a unidade dos direitos fundamentais, aplicando a estes “direitos sociais” o regime jurídico especial dos “direitos, liberdades e garantias”, considera que este retrocesso deverá ser avaliado no quadro do regime jurídico geral da restrição de direitos fundamentais⁴⁰.

2.5 Os “Direitos Sociais” como verdadeiros “Princípios Constitucionais”

Tal como ensina Gomes Canotilho⁴¹, podemos dividir as normas jurídicas em duas espécies: regras e princípios⁴². Embora esta distinção seja muito complexa, poderemos qualificar os princípios como “as normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos” e as regras são “normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida”⁴³.

O autor continua afirmando que os princípios “constituem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes (...) em caso de conflito entre princípios

⁴⁰ *Apud* SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direitos Fundamentais...*, cit., pág. 116.

⁴¹ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., págs. 1160 e segs.

⁴² Quanto à possível classificação de princípios constitucionais cfr. JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo II, cit., págs. 268 e segs.

⁴³ *Idem*, pág. 1161.

podem ser objecto de ponderação e de harmonização, pois eles contem apenas “exigências” ou “standards” que, em “primeira linha” – *prima facie* – devem ser realizados”⁴⁴.

Sendo certo que, como é aceite unanimemente pela doutrina, estes princípios constitucionais não são, de todo, vazios de importância constitucional.

Disto decorre que, os princípios não se contrapõem às normas mas sim aos preceitos. As normas, sim, é que podem ser divididas em normas-regras⁴⁵ e normas-princípios.

Como afirma Jorge Miranda⁴⁶, estes princípios “exercem uma ação imediata enquanto diretamente aplicáveis ou diretamente capazes de conformarem as relações político-constitucionais. E exercem também uma ação mediata tanto num plano integrativo e construtivo como num plano essencialmente prospectivo”.

Esta classificação dos “direitos sociais” como normas-princípios, ou nas palavras de Manuel Afonso Vaz⁴⁷ “a acentuação do carácter “principlista” das normas que consagram “direitos sociais” não é assim uma tentativa doutrinal de retirar juridicidade constitucional aos “direitos sociais” mas sim, e com respeito pelo texto

⁴⁴ Idem, págs. 1161 e 1162.

⁴⁵ ou normas-disposições, cfr. JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo II, cit., pág. 224.

⁴⁶ Idem, pág. 226.

⁴⁷ Cfr. MANUEL AFONSO VAZ in *Juris et de Jure...*, cit., pág. 449.

fundamental, potenciar as “virtualidades hermenêuticas”⁴⁸ desta classificação, como contraponto à tentativa, na nossa opinião constitucionalmente impossível, de procurar determinar o conteúdo precativo destes “direitos sociais”.

PARTE III

A Proteção do Mínimo Existencial, a Reserva do (Financeiramente) Possível e o Princípio da Socialidade Sustentável

3.1 Os “Direitos Sociais” e a proteção do mínimo existencial

Os “direitos sociais”, tal como acima o dissemos, são manifestações do princípio da socialidade, ou do Estado Social, que vem consagrado na Lei Constitucional como fim do Estado na expressão “A República Portuguesa é um Estado de Direito Democrático (...) visando a realização da democracia económica, social e cultural (...)”⁴⁹.

Estes “direitos sociais” são assim mecanismos ou formas de o Estado promover a igualdade social e garantir a dignidade da pessoa humana. O princípio da dignidade da pessoa humana, que podemos

⁴⁸ Idem, pág. 450.

⁴⁹ Cfr. art.º 2.º da CRP.

retirar do artigo 1º da Constituição, é, tal como ensinam Gomes Canotilho/Vital Moreira, um “pressuposto ou precondição” base da República⁵⁰. Estes autores referem ainda que “é a dignidade compreendida como dimensão aberta e carecedora de prestações que legitima e justifica a socialidade, traduzida, desde logo, na garantia de condições dignas de existência (cfr. AcTC nº 509/02, sobre o “rendimento social de inserção”)”⁵¹.

Decorrente deste princípio basilar de Direito – no nosso caso consagrado no texto constitucional – a doutrina extrai a garantia de um “mínimo social⁵²”.

Esta garantia de um “mínimo social” corresponde assim a uma manifestação do princípio da dignidade da pessoa humana que, impõe ao Estado a proteção dos mais desfavorecidos tendo como instrumento para o efeito os “direitos sociais”. Contudo, devido à não determinidade destas normas, não podemos considerar a proteção do mínimo social como parte integrante e constitutiva dos próprios direitos.

Se cabe ao legislador ordinário a determinação do conteúdo destes direitos prestacionais, então, a relevância desta garantia de proteção do “mínimo existencial” é, não mais, do que a aplicação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana à atuação legislativa na determinação do conteúdo destes direitos, por outras

⁵⁰ Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., pág. 198.

⁵¹ Idem, pág. 199.

⁵² Cfr. Cristina Queiroz, *Direitos Fundamentais...*, cit., pág. 186.

palavras, o legislador constituído, na determinação dos “direitos sociais” tem que garantir um “mínimo existencial”, de forma a que a norma jurídica que vem determinar o “direito social” não se encontre viciada de inconstitucionalidade por violar o disposto no art.º 1 da CRP.

Cabe-nos aqui reafirmar que, a garantia de “um mínimo existencial” não se trata de um limite⁵³ mínimo que a própria Constituição determinou intrinsecamente em relação aos “direitos sociais” – assim entendem aqueles que procuram um conteúdo determinado no texto constitucional. Esta garantia, que decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, não se trata de um limite dos “direitos sociais”, mas sim um limite ao legislador ordinário e à atuação do Estado-Social, impedindo este de se abster de legislar ou de legislar de forma a revogar absolutamente, ou digamos até destruir, na totalidade, as normas que determinaram os “direitos sociais”.

Porque, quando o Tribunal Constitucional fiscaliza as opções político-legislativas em relação aos “direitos sociais” não deve, nem pode, comparar a inexistência do “direito social” com a alteração do seu conteúdo, restritiva ou expansivamente.

⁵³ Quanto à teoria interna ou externa dos limites, cfr. JORGE REIS NOVAIS, *As restrições...*, cit., págs. 292 e segs.

3.2 A Reserva do (Financeiramente) Possível

Nas palavras de *Jorge Reis Novais*: “elemento essencial da definição estrutural e material dos “direitos sociais” é o facto de que incluem, verificadas as condições de carência material pessoal, a imposição do Estado da obrigação de uma prestação fáctica que ou consiste numa subvenção financeira (caso do direito a um mínimo para uma existência condigna ou certos direitos de segurança social, como a assistência no desemprego, na doença ou na velhice) ou tem custos financeiros diretos associados à criação e disponibilização de instituições, serviços ou estruturas que permitem o referido acesso aos bens económicos, sociais ou culturais (como no direito à habitação, à educação ou à proteção da saúde)”⁵⁴. Desta afirmação resulta de que o Estado, na sua tarefa prestacional tem indubitavelmente custos associados – o que, como é lógico, demonstra a associação entre a prestação de um direito social e a possibilidade financeira ou orçamental de suportar tal encargo.

A reserva do possível, ou reserva do financeiramente possível, é entendida pela doutrina como um limite imanente a estes direitos/prestações, no sentido em que “o Estado só está obrigado a realizá-la se dispuser dos necessários recursos”, contudo implica ainda “uma definição de prioridades, implica escolhas e opções políticas de distribuição de recursos e, conseqüentemente, conflitos entre as opções publicas seletivas de alocação de recursos e as

⁵⁴ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, cit., pág. 89.

necessidades e interesses individuais no acesso a bens económicos”⁵⁵.

Jorge Reis Novais, considera que a “Constituição consagrou esse direito (...) sob reserva do possível”⁵⁶ defendendo que este principia tem dignidade constitucional e que é intrínseco aos próprios “direitos sociais”. Não partilhamos da mesma opinião. No nosso ponto de vista, a reserva do possível não se pode assumir como um principio constitucional que legitima aos cidadãos reclamar do Estado as prestações sociais enquanto estas forem financeiramente possíveis porquanto, como supra desenvolvemos, o facto de os “direitos sociais” não serem determinados constitucionalmente levamos a afastar o carácter precetivo da norma.

Assim sendo, se as normas que consagram os “direitos sociais” apenas são determinadas por lei ordinária e se, é essa mesma lei ordinária que atribui posições jurídicas subjetivas aos cidadãos, então, não existe qualquer propósito da aplicação deste principio nem motivo para lhe atribuirmos dignidade constitucional quando a própria Constituição delega no legislador ordinário o poder de determinar o direito social em causa.

⁵⁵ Idem, pág. 91.

⁵⁶ Idem, pág. 109.

3.3 O Princípio da Socialidade Sustentável

No início desta dissertação, fizemos uma breve aproximação ao Estado Social, com o intuito de enquadrarmos esta temática dos “direitos sociais”, contudo iremos agora desenvolver o que entendemos ser o princípio da “socialidade sustentável”, como princípio e garantia do Estado Social.

Como vimos, a Lei Fundamental, designa como um dos fins do Estado – isto é, objectivo estadual – a “realização da democracia económica, social e cultural”, sendo que é nesta mesma expressão que é consagrado constitucionalmente o Estado Social e o princípio da democracia económica, social e cultural⁵⁷.

A “justiça social” a cargo do Estado, como já acima referimos, tem custos financeiros associados, sendo que, em regra, quanto maior for, em termos de densidade de prestações, essa justiça maior serão os custos associados à mesma. Tendo isso em consideração, a doutrina tende a formular a garantia do “mínimo existencial” como limite mínimo do que o Estado é obrigado a prestar e a “reserva do financeiramente possível” como limite máximo do que os cidadãos podem reclamar, em termos de prestações sociais, ao Estado – embora, como já o dissemos, discordamos de que a “reserva do financeiramente possível” possa ser aplicável como princípio constitucional face à não determinidade das normas e de que, a garantia do “mínimo existencial” embora, como manifestação do

⁵⁷ Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., pág. 211.

princípio da dignidade da pessoa humana tenha efetividade e dignidade constitucional deverá ser atendido não como fazendo parte integrante do conteúdo destes “direitos fundamentais” mas como princípio de limitação externa ao poder do legislador.

Contudo, a doutrina e a jurisprudência constitucional não parecem apontar para o caso de excesso de prestação, não reclamada pelos cidadãos, mas prestada por livre decisão do legislador ordinário. De facto, não é difícil imaginar a possibilidade – que, se fizermos um estudo retrospectivo será em parte causa-efeito desta crise económica em que vivemos, do Estado prestar, prestação esta enquadrada nos “direitos sociais”, mais do que aquilo que financeiramente poderia, pondo assim em causa o próprio Estado Social. Como vimos, e como é unânime na doutrina especializada, o Estado Social é um verdadeiro princípio constitucional, sendo que ações, *i.e.*, normas jurídicas, que onerem o Estado de tal forma que se fale, como se fala, na insustentabilidade do Estado Social, padecem do vício de inconstitucionalidade por violarem a sustentabilidade deste tipo de organização político-económica.

E não vale aqui o argumento, utilizado pela doutrina em relação à “reserva do possível” da relatividade da escassez moderada de recursos, *i.e.*, “Nunca há dinheiro porque há sempre múltiplas necessidades permanentes com cuja satisfação o Estado se debate, há sempre outras necessidades básicas para onde deslocar os recursos requeridos pela prestação em causa, mas também, em contrapartida, há sempre dinheiro porque é sempre possível desviar

para essa prestação disponibilidades residuais ou inicialmente afectas a outros fins”⁵⁸. Os recentes acontecimentos, derivados ou resultantes da crise financeira de 2008, obrigam-nos a olhar de forma cuidadosa para esta afirmação.

Não é possível, porque não é sustentável a longo prazo e apenas onera a vida das gerações futuras – gerações estas que constitucionalmente também estão protegidas – que se considera que um Estado tem os recursos adequados para manter estas prestações sociais quando esses recursos têm como origem não a produção de riqueza estadual mas sim empréstimos de longa duração.

Contudo, este princípio da sustentabilidade do Estado Social, padece do mesmo problema do princípio da “reserva do possível” que é saber em que medida pode o poder judicial sindicat a opção política-legislativa de distribuição de recursos e de como aferir qual o limite em que se pode considerar existir uma verdadeira inconstitucionalidade por atentar ao futuro do Estado Social⁵⁹.

Aplicando a este situação o que defende *Reis Novais* em relação à sindicabilidade no caso da “reserva do possível”, o “verdadeiro problema não é a possibilidade de o juiz apreciar as considerações

⁵⁸ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais.*, cit., pág. 115.

⁵⁹ De salientar aqui que a consagração deste princípio constitucional com esta dimensão não tenta retirar competência ao Tribunal de Contas, cfr. Lei 98/97, na redação dada pela Lei 2/2012.

financeiras do legislador ou da administração, mas de ter de o fazer no respeito da separação de poderes”⁶⁰.

Conclusão

No decorrer do presente estudo apercebemo-nos que os “direitos sociais”, no sentido que acima adoptamos diferenciando-os ou destacando-os dos “direitos e deveres económicos, culturais e sociais”, carecem de um estudo aprofundado por parte da doutrina especializada.

Com efeito, à luz do nosso texto constitucional, parece-nos não ser possível sustentar a determinabilidade constitucional destas normas, pecando por excesso constitucionalista a corrente doutrinaria que procura encontrar nestas normas verdadeiros direitos constitucionais.

Estes “direitos sociais” são, assim, direitos cuja existência é positivada pela Constituição, ou formalmente consagrada constitucionalmente, mas carecendo de conteúdo a determinar pelo legislador ordinário dentro do seu poder político-legislativo. Por este motivo - e assim não aceitando que se diga que pretendemos com este estudo esvaziar os “direitos sociais” de normatividade jurídico-constitucional⁶¹- tendemos para os considerar ou classificar

⁶⁰ Idem, pág. 117.

⁶¹ No sentido crítico de que esta concepção dos “direitos sociais” é uma tentativa de os esvaziar de conteúdo e de normatividade jurídico-constitucional, cfr. JORGE

como “normas-princípios”, *i.e.*, invocando o carácter principialista da norma. Distinguindo assim os “direitos sociais” – com dimensão programática – daqueles direitos de natureza perceptiva análogos aos “direitos, liberdades e garantias” constantes do catálogo dos “direitos e deveres económicos, sociais e culturais”.

Este carácter “principialista” das normas que consagram os “direitos sociais”, porque não são normas jurídico-constitucionalmente determinadas, importa um juízo de constitucionalidade, por parte do órgão fiscalizador, muito mais cuidado e ponderado e respeitando as opções político-legislativas do legislador, que, na nossa opinião, não é aquele que o Tribunal Constitucional tem realizado.

Atevemo-nos mesmo a dizer que ao julgar sistematicamente como inconstitucionais normas legislativas que representam opções políticas de reestruturação do Estado-Social – e não a inexistência do mesmo – normas emanadas dentro das competências próprias de um órgão soberano e democraticamente eleito, o Tribunal Constitucional estará a violar o princípio da separação de poderes, princípio este que está constitucionalmente consagrado.

Terminamos esta dissertação com as palavras de Maria Lúcia Amaral, na sua Declaração de Voto no Acórdão do Tribunal Constitucional nº 575/2014: “não pode o Tribunal, pela sua natureza

de jurisdição, impor ao legislador a sua própria visão do que seja uma reforma justa do sistema (...) Não é para mim aceitável que um juízo eminentemente moral sobre a justiça de uma tal reforma caiba a uma maioria formada no seio de uma instituição de índole jurisdicional. Deste modo, segundo creio, não se melhora a qualidade da deliberação pública. Pelo contrário, degrada-se essa qualidade, uma vez que se nega aos cidadãos o direito a ter uma palavra a dizer sobre tão deliciada matéria.⁶²”

⁶² Em anexo à presente dissertação e disponível eletronicamente no sítio www.tribunalconstitucional.pt.

Bibliografia

- CANOTILHO, GOMES / MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. 1, 4.^a edição, Coimbra Editora.
- FONTES, JOSÉ, *O direito ao quotidiano estável – uma questão de direitos humanos*, Coimbra Editora.
- GOUVEIA, JORGE BACELAR, *Enciclopédia da Constituição Portuguesa*, Quid Juris
- MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. II, Tomo IV – Direitos Fundamentais, Coimbra Editora.
- MORAIS, CARLOS BLANCO DE, *Justiça Constitucional*, Tomo I, Coimbra Editora
- MORAIS, CARLOS BLANCO DE, *Justiça Constitucional*, Tomo II, 2.^a edição, Coimbra Editora.
- NOVAIS, JORGE REIS, *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.^a Edição, Coimbra Editora.
- NOVAIS, JORGE REIS, *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora.
- NOVAIS, JORGE REIS, *Em Defesa do Tribunal Constitucional – Resposta aos Críticos*, Almedina.

- QUEIROZ, CRISTINA, *Direitos Fundamentais – Teoria Geral*, Coimbra Editora, 2.^a edição.
- SILVA, SUSANA TAVARES, *Direitos Fundamentais na Arena Global*, Coimbra, 2011.
- VAZ, MANUEL AFONSO, *Lei e Reserva da Lei – A causa da Lei na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.^a Edição, Coimbra Editora.
- VAZ, MANUEL AFONSO, *O enquadramento jurídico-constitucional dos «direitos económicos, sociais e culturais»*, em *Juris et de Jure – Nos 20 anos da Faculdade de Direito da UCP – Porto*.