



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**A discricionariedade do Estado na efetivação dos Direitos Sociais:
precípua ou luxo?**

Maria Beatriz Paulino de Magalhães Archer de Menezes

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2019

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**A discricionarietà do Estado na efetivação dos Direitos Sociais:
precípulo ou luxo?**

Dissertação sob orientação da Prof. Dra. Catarina Santos Botelho

Maria Beatriz Paulino de Magalhães Archer de Menezes

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2019

“The power of the Universal Declaration is the power of ideas to change the world. It inspires us to continue working to ensure that all people can gain freedom, equality and dignity. One vital aspect of this task is to empower people to demand what should be guaranteed: their human rights.¹”

- Zeid Ra’ad Al Hussein

(Former U.N High Commissioner for Human Rights)

¹ Illustrated edition of the Universal Declaration of Human Rights, p. vii

Agradecimentos

À minha mãe, não só por ser a minha inspiração diária, como também por toda a dedicação e pelo amor incondicional que me dá. Por ser o meu maior orgulho e a mulher mais lutadora e altruísta que eu alguma vez conheci e ainda pelo privilégio de poder tê-la como minha mãe.

Ao meu avô, um homem de honra e um herói, que sei que me protege e olha sobre mim, pelo imensurável carinho e devoção com que me tratou, e que me ensinou a importância da dedicação a nível académico, a quem eu estarei eternamente grata.

À Prof. Doutora Catarina Santos Botelho, minha orientadora, por me ter influenciado a realizar uma dissertação sobre este tema e por toda a sua disponibilidade, apoio e partilha de conhecimento, que me ajudou a chegar mais perto de concluir uma etapa importantíssima na minha vida.

Ao Dr. Rui Saraiva, por toda a sensibilidade que teve para comigo e por todo o seu apoio e compreensão.

Às minhas melhores amigas, cujo apoio foi fundamental, em todos os momentos de dificuldade e de ansiedade ao longo da escrita desta dissertação.

Last but not least, à Universidade Católica Portuguesa, por me ter dado a oportunidade de adquirir o melhor ensino possível, o qual levarei comigo no trilho de um caminho que continuarei a percorrer.

Resumo

A presente dissertação compreende como tema principal a relevância dos direitos económicos, sociais e culturais, bem como a sua interligação com os direitos de liberdade e garantias e o seu respetivo enquadramento na sociedade.

Fazemos uma análise ao Estado social, porquanto do seu desenvolvimento ser uma condição essencial para a existência dos direitos sociais. Investigamos, ainda, tanto as semelhanças, como as distinções entre os então mencionados direitos quanto ao seu regime diferenciado, à luz da Constituição da República Portuguesa de 1976.

Para além do mais, procuramos encontrar respostas à questão de saber qual é, de facto, a discricionariedade que os Estados têm quanto à implementação e efetivação dos direitos sociais. Para este efeito, recorreremos a várias teorias, entre elas sociais, políticas e culturais.

É realizada uma abordagem da legislação interna portuguesa, como também do Direito internacional, dando especial relevância à Declaração Universal dos Direitos Humanos. Complementaremos com a intrínseca ligação dos direitos sociais enquanto direitos humanos, salientando a interligação do direito à saúde com o direito à vida com dignidade.

Finalizaremos com uma comparação entre o constitucionalismo e a implementação dos direitos sociais nos Estados Unidos da América e em Portugal.

Palavras-chave: Direitos Sociais; Direitos de Liberdade e Garantias; Direitos Fundamentais; Direitos humanos; Portugal; Constituição da República Portuguesa, Estados Unidos da América; Dignidade Humana; Discricionariedade; Estado Social; Direitos gratuitos; Direitos onerosos.

Abstract

The following master thesis comprehends as the main subject the relevance of economic, social and cultural rights, as well as its interconnection with rights, liberties and freedoms and its respective framework in society.

We make an analysis to the welfare state, for its development is considered as an essential condition to the existence of social rights. We will further investigate not only its similarities, as well as its dissimilarities between the above-mentioned rights regarding its different regime in the light of the 1976 Portuguese Constitution.

Henceforth, we seek to find answers to the question of what the states discretion regarding social rights implementation and realization are. In fact, we resort to various theories, among them social, political and cultural.

An approach is made to our country's current national law, as well as international law, giving special relevance to the Universal Declaration of Human Rights, as well as to the interconnection of social rights as human rights, giving emphasis to the connection between the right to health and the right to life with dignity.

Ultimately, we will compare the constitutionalism and implementation of social rights between the United States of America and Portugal.

Keywords: Social rights; Rights, Liberties and Freedoms; Fundamental Rights; Human Rights; Portuguese Constitution; United States of America; Human dignity; Discretion; Welfare State; Free rights; Costly rights.

Índice

Lista de siglas e abreviaturas	9
1. Introdução.....	10
2.Visão sobre os direitos fundamentais na Constituição da República Portuguesa	11
2.1. Direitos de liberdade e garantias <i>versus</i> Direitos sociais económicos e culturais	11
2.2. Direitos custosos <i>versus</i> Direitos não custosos.....	16
3. Interligação dos direitos sociais com os direitos humanos.....	18
4. Visão normativa dos direitos sociais	22
5. Antecedentes históricos e o surgimento do Estado Social.....	25
6. Os Direitos Sociais na Constituição Portuguesa de 1976	28
7. Direito Internacional	29
8. Comparação entre países (Estados Unidos da América <i>versus</i> Portugal).....	32
8.1. O imbróglio do Obamacare (Affordable Care Act)	36
8.2. Direito à saúde a nível internacional.....	39
9. Conclusão	41
10. Bibliografia.....	43

Lista de siglas e abreviaturas

AA. VV. – Autores Vários

Art. – Artigo

ACA - Affordable Care Act

CDFUE - Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CRP – Constituição da República Portuguesa

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

EUA – Estados Unidos da América

ONU – Organizações das Nações Unidas

PIDCP – Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos

PIDESC – Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais

P. – Página

PP. - Páginas

UE – União Europeia

1. Introdução

Esta dissertação tem como escopo a essência dos direitos económicos, sociais e culturais e, por conseguinte, a sua relação com os direitos, liberdades e garantias. Destarte, faremos uma análise histórica aos direitos sociais, ao seu enquadramento, bem como à sua implementação em pleno séc. XXI.

Percorreremos com alguma minúcia a Constituição da República Portuguesa, procurando um fio condutor que ligue os direitos sociais aos direitos de liberdade, analisando as várias teorias quanto à sua distinção ou sua similaridade e trilharemos o caminho da eventual destrição destes direitos quanto à onerosidade ou carácter gratuito dos mesmos.

Será que a inclusão dos direitos sociais se deve aos recursos económicos disponíveis de cada estado e este está limitado nas suas opções quanto à implementação destes direitos? Será que é absolutamente discricionário, independentemente de tais recursos? Será que o cerne da questão se resume apenas e somente a uma visão política de cada estado?

Procuraremos contribuir para o esclarecimento destas questões, através da comparação das leis fundamentais de dois países distintos, designadamente entre o nosso país e os Estados Unidos da América, de modo a que seja possível entender o comportamento destes Estados quanto à implementação ou falta desta de direitos sociais. Averiguaremos o fundamento que subjaz por trás de tal tratamento, se ocorre por terem uma visão destes direitos como vitais e necessários ou como um mero luxo dispensável.

Ainda, procuramos dar relevo à importância destes direitos sociais e a sua interligação com os direitos humanos, expressando a necessidade de os salvaguardar e proteger a todo o custo.

Será Portugal um Estado Social? Serão os Estados Unidos da América um Estado com uma visão social?

Debrucemo-nos, então, sobre estas temáticas.

2. Visão sobre os direitos fundamentais na Constituição da República Portuguesa

2.1. Direitos de liberdade e garantias *versus* Direitos sociais económicos e culturais

Primordialmente, consideremos que os direitos fundamentais, em Portugal, se dividem em duas categorias, os direitos de liberdade e garantias e os direitos económicos, sociais e culturais.

De acordo com a Constituição da República Portuguesa, os direitos de liberdade e garantias estão consagrados sob o Título II, plasmados nos artigos 24.º ao 57.º, e, por conseguinte, os direitos económicos, sociais e culturais, sob o Título III, entre os artigos 58.º ao 79.º.

De forma sucinta e a título exemplificativo, entre os direitos de liberdade e garantias, fazem parte direitos como o direito à vida (artigo 24.º), direito à integridade pessoal (art.º 25.º), direito à liberdade e à segurança (art.º 27.º) e o direito à liberdade de expressão e informação (art.º 37.º).

Quanto aos direitos económicos, sociais e culturais, estão consagrados direitos como o direito ao trabalho (art.º 58.º), direito de segurança social e solidariedade (art.º 63.º), direito à saúde (art.º 64.º), direito ao ensino (art.º 74.º), entre outros.

Ora, os direitos de liberdade, também considerados como direitos de primeira geração, são direitos que, para serem preservados, exigem, por parte do Estado, uma abstenção². Desta forma, são os chamados direitos negativos, que tem aplicabilidade direta, e são vistos, tradicionalmente, como “direitos gratuitos”, mas, como iremos ver *à posteriori*, não se pode confirmar este carácter gratuito.

Neste sentido, quando mencionamos os “direitos negativos”, referimo-nos à conceção de que estes “são direitos que obrigam o Estado a uma atitude de renúncia, de abstenção diante dos cidadãos”³.

Destarte, parece-nos importante referir que, esta omissão por parte do Estado, quanto a estes direitos, não vem no sentido de uma realidade de um Estado omissivo, de modo a que os direitos possam vir a ser realizados, mas deve sim ser vista como o

² Souza, Motauri Ciocchetti de, Júnior, Wilson José Vinci, Globalização e Direito Humano Cultural, 2019, p.89.

³ Ramos, Murilo César, Comunicação, Direitos Sociais e Políticas Públicas, 2005, p.245.

Estado não “atrapalhar a fruição do direito”, ou seja, não atuar de forma a inibir ou dificultar a efetividade dos direitos⁴.

Quanto aos direitos económicos, sociais e culturais, que doravante passaremos a designar por direitos sociais, estes distinguem-se dos direitos fundamentais de primeira geração. Ora, os direitos sociais necessitam de apoio e intervenção por parte do Estado, requerendo-lhe, deste modo, um “dever de ação”⁵. Ainda, estes direitos, tendencialmente não têm aplicabilidade direta e são direitos positivos que acarretam implicações orçamentais.

Quanto ao conceito exato dos direitos sociais, este carece de conteúdo objetivo, sendo, portanto, de difícil “precisão”, “polissémico” e “indeterminado”⁶.

No entanto, apesar da sua árdua conceção, é necessário afirmar que os direitos sociais são obrigatórios, são normas jurídicas, devendo ser vistos como tal, e consequentemente analisados e aplicados⁷.

Ainda, é intrínseco à natureza dos direitos sociais asseguraram a devida proteção em alturas de vulnerabilidade⁸.

Apesar das notórias diferenças entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, estes últimos não devem ser vistos como os “primos pobres” no mundo do Direito.

Conforme iremos tentar demonstrar, deparamo-nos com doutrinas opostas quanto à forma como os direitos sociais são compreendidos, face às suas especificidades no sistema jurídico que vigora em Portugal. Estamos perante entendimentos divergentes quanto à relação dos direitos, liberdades e garantias com os direitos sociais, sendo defendidas ora como uma relação dicotómica, ora unitária ou, ainda, de interação⁹.

Por um lado, temos a doutrina tradicional que defende a primazia dos direitos, liberdades e garantias sobre os direitos económicos, sociais e culturais, sendo esta uma

⁴ Souza, Motauri Ciocchetti de, Júnior, Wilson José Vinci, *Globalização e Direito Humano Cultural*, 2019, p.89.

⁵ Botelho, Catarina Santos, *Os Direitos Sociais Num Contexto De Austeridade: Um Elogio Fúnebre Ao Princípio Da Proibição Do Retrocesso Social?*, 2015, p. 265.

⁶ Weber, Albrecht, “L’État social et les droits sociaux en RFA”, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 24, 1995, pp.667-693, pp. 678-679 *apud* Botelho, Catarina Santos, *40 Anos De Direitos Sociais – Uma Reflexão Sobre O Papel Dos Direitos Fundamentais Sociais No Século XXI*, 2015, p.202

⁷ Carbonell, Miguel, *Los Derechos Sociales: Elementos Para Una Lectura En Clave Normativa*, 2010, p.47.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Botelho, Catarina Santos, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise ou Revisitar as Normas Pragmáticas*, 2015, p.33.

relação dicotómica, defendida, por exemplo, por Paulo Otero. Por outro lado, temos a doutrina que sustenta que ambos os direitos partilham do mesmo valor jusfundamental e que, como tal, deviam também, partilhar o mesmo regime. É a chamada uniformização dogmática¹⁰ ou relação unitária, defendida, entre outros, por Jorge Reis Novais. Numa posição de compromisso entre estes extremos, uma doutrina defende a relação de interação, em que partilham a ideia de que ambos os direitos têm igual dignidade, no entanto, na nossa Constituição, existe um regime diferente para cada um deles, sendo esta última defendida por José Joaquim Gomes Canotilho, entre tantos outros autores.

Quanto à tese intermédia, esta não pugna pela equidistância entre a tese unitária ou a tese de separação¹¹. Na verdade, tanto podem tender mais para a tese unitária, como para a tradicional. Porém, de direito constituído, ou seja, tendo em atenção o direito vigente, argumentam que a Constituição não permite uma análise unitária entre estes direitos¹². De facto, apesar destes direitos partilharem da mesma dignidade, não partilham do mesmo regime, na nossa Constituição. O que queremos com isto dizer?

Em boa verdade, há inúmeras normas em que se destacam as diferenças no regime. Usemos o artigo 165.º, n.º1, al) b, da CRP, quanto à reserva relativa de competência legislativa, em que “é da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias, salvo autorização ao Governo” em que sobre estes dois direitos, apenas referem os Direitos, liberdades e garantias. Adicionalmente, o artigo 288.º, al. d) da CRP, consagra que as leis de revisão constitucional terão de respeitar os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, e, em nenhum momento, faz referência aos direitos sociais, entendendo, nós, com isto, o seu regime específico para os direitos de liberdades e garantias, enquanto que diferenciado para ambos os direitos. Nestes termos, entende-se que os direitos de liberdade, ao beneficiarem de um regime diferente, poderão tornar-se mais efetivos do que os direitos sociais.

Não obstante, torna-se relevante atender ao artigo 17.º da CRP: “o regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga”. Deste modo, este mesmo artigo, impede uma

¹⁰ Novais, Jorge Reis, *Direitos Sociais, Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, 2010, p. 96.

¹¹ Botelho, Catarina Santos, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise ou Revisitar as Normas Pragmáticas*, 2015, p. 288.

¹² *Ibidem*, p.295.

relação dicotómica radical ou uma relação unitária entre estes direitos, pois, ao mesmo tempo que os distingue, também dá a abertura para os direitos sociais passarem a beneficiar do mesmo regime dos direitos, liberdades e garantias¹³.

Assim, se conseguirmos provar que os direitos de liberdade possuem uma natureza similar aos direitos sociais, aplicaríamos a estes o mesmo regime, permitindo que muitos direitos sociais se consigam elevar ao regime dos direitos de liberdade.

Saliente-se que, este regime diferente, que a nossa Constituição impõe, para os então estudados direitos fundamentais, debruça-se sobretudo na sua determinabilidade. Ora, esta determinação ou indeterminação refere-se ao “conteúdo essencial do preceito”¹⁴. Por outras palavras, tal significa que é necessário analisar a determinação da “intenção normativa dos direitos fundamentais”¹⁵. Por um lado, destacam-se as normas constitucionais que, *per si*, compreendem todos os “elementos e critérios” essenciais para a sua aplicação, sendo “direitos determinados por opções constitucionais”. Por outro lado, compreendem-se as normas que apenas através de uma intervenção autónoma do legislador ordinário é que se poderá, de facto, definir o seu conteúdo normativo, podendo, deste modo concretizar “os preceitos respetivos” e desenvolver a “intenção normativa em termos de produzir direitos certos e determinados”¹⁶.

Parece-nos relevante salientar que esta destrição de direitos não tem como base uma “contraposição entre preceitos com maior ou menor intensidade de expressão normativa”¹⁷. Ou seja, “os preceitos relativos aos direitos, liberdade e garantias não recorrem menos que outros conceitos indeterminados, cláusulas gerais ou expressões de carácter abstrato”¹⁸.

Os direitos sociais, apesar de considerados direitos positivos, também implicam obrigações negativas¹⁹. Exemplificando, o direito à saúde (artigo 64.º da CRP)

¹³ Botelho, Catarina Santos, 40 Anos de Direitos Sociais – Uma Reflexão Sobre O Papel Dos Direitos Fundamentais Sociais No Século XXI, 2016, p.210.

¹⁴ Seguimos de perto a ideia de Andrade, José Carlos Vieira de, Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 1983, p.199.

¹⁵ Andrade, José Carlos Vieira de, Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 1983, p.199.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*, p.198.

¹⁸ *Ibidem*, p.198-199.

¹⁹ Botelho, Catarina Santos, Os Direitos Sociais em Tempos de Crise ou Revisitar as Normas Pragmáticas, 2015, p. 120.

pressupõe o dever estatal de não privar os cidadãos do acesso à saúde, tal como o direito à educação (artigo 73.º e 74.º da CRP), o dever de a não anular²⁰.

Em contrapartida, alguns dos direitos, liberdades e garantias, que como visto anteriormente, exigem uma abstenção estatal, por outro lado, também possuem uma vertente de prestação estadual (ainda que de natureza distinta das prestações estaduais nos direitos sociais) como é o caso do direito ao voto, que acaba por implicar a intervenção do Estado, incumbindo-o de ver efetivado este mesmo direito, sendo responsável, naturalmente, de proporcionar as condições para que tal aconteça²¹. Deste modo, o então referido, artigo 17.º da CRP, torna-se relevante para os direitos sociais, na medida em que prova que grande parte dos direitos sociais são de natureza similar aos direitos e liberdades e garantias²².

Doravante, procuramos analisar o que não deixa de ser um problema permanente relativamente aos direitos fundamentais, mais especificamente, quanto à sua eficácia e efetividade²³.

Nestes termos, verifica-se que o verdadeiro valor, tanto jurídico como social, dos direitos fundamentais se reveja na sua efetividade, ou seja, na sua concretização e proteção efetiva²⁴.

Parece-nos evidente que cada um dos direitos fundamentais tenha conteúdo diferente e como tal manifeste, como consequência, efeitos normativos distintos, no entanto, não poderemos afirmar que exista uma diferença “genética” ou “estrutural” entre os direitos sociais e os direitos de liberdade²⁵.

Assim, os direitos de liberdade, para poderem ter relevância prática e não ficarem somente plasmados nas constituições, requerem atuações positivas do Estado, através de consideráveis contribuições económicas²⁶.

²⁰ Botelho, Catarina Santos, Os Direitos Sociais Num Contexto De Austeridade: Um Elogio Fúnebre Ao Princípio Da Proibição Do Retrocesso Social?, 2015, p.268.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

²³ Sarlet, Ingo Wolfgang, A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspetiva Constitucional, 2015, p.17.

²⁴ Alexandrino, José de Melo, O Papel Dos Tribunais Na Protecção Dos Direitos Fundamentais Dos Cidadãos, 2010, p.361.

²⁵ Carbonell, Miguel, Los Derechos Sociales: Elementos Para Una Lectura En Clave Normativa, 2010, p.46.

²⁶ Carbonell, Miguel, Los Derechos Sociales: Elementos Para Una Lectura En Clave Normativa, 2010, p.46.

Entende-se, então, que, numa perspetiva mais ampla, os direitos de liberdade conjugam obrigações de *non facere*, enquanto que os direitos sociais impõem obrigações de *facere* por parte das autoridades²⁷. Não obstante, existem as suas exceções, pelo que, conforme exposto anteriormente, ambos os direitos necessitam, ainda que de cariz distinto, tanto de intervenção, como, também, de abstenção por parte do Estado.

2.2. Direitos custosos versus Direitos não custosos

De facto, não se obteria, em grande medida, uma real efetividade dos direitos de liberdade sem prestações estatais positivas destinadas a garanti-los institucionalmente, como também, a defendê-los de ameaças por parte de terceiros. Se estes direitos carecessem de contribuições estatais, vendo-se “presos” apenas no texto constitucional, estes mesmos direitos perderiam grande parte ou, atrever-nos-íamos a afirmar, todo o seu significado real²⁸.

Nestes termos, saliente-se que as contribuições estatais a que o Estado se compromete a prestar são imprescindíveis para os seus cidadãos, as quais salvaguardam a efetivação dos seus direitos. No entanto, os mesmos apenas serão possíveis de garantir, caso o Estado disponha de recursos materiais suficientes e os possa pôr em prática²⁹. Ora, nem sempre o Estado tem autoridade sobre certas matérias, pois, na verdade, está limitado a algumas áreas de intervenção, não podendo nem devendo imiscuir-se em áreas do foro de outras entidades, sob pena violação do princípio da separação de poderes.

Evidentemente que a proteção garantida a estes direitos ou a falta da mesma está intrinsecamente relacionada com a realidade e possibilidades do próprio Estado, sejam estas económicas, financeiras ou, ainda, culturais³⁰.

²⁷ Botelho, Catarina Santos, Os Direitos Sociais em Tempos de Crise ou Revisitar as Normas Pragmáticas, 2015, p. 497.

²⁸ Novais, Jorge Reis, Direitos Sociais, Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais, 2010, p. 94.

²⁹ Andrade, José Carlos Vieira, Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 1983, p. 200.

³⁰ Botelho, Catarina Santos, Os Direitos Sociais Num Contexto De Austeridade: Um Elogio Fúnebre Ao Princípio Da Proibição Do Retrocesso Social?, 2015, p. 269.

Sem prejuízo destas condições, no nosso entender, a implementação dos direitos sociais dependerá ainda, da visão política do Estado quanto à necessidade de salvaguardar estes mesmos direitos.

Assim, tendo em conta que, quer os direitos de liberdade, quer os direitos sociais necessitam de financiamento, não são apenas estes últimos direitos que criam um problema orçamental, daí que, eventualmente, a reserva financeira devesse ser comum a ambos os direitos referidos, o que não apresentaria uma específica objeção dogmática à jusfundamentalidade dos direitos sociais, mas sim uma dificuldade própria de todos os direitos³¹.

É, então, importante salientar a ideia de que a realização dos direitos fundamentais globalmente considerados irão sempre implicar custos, na medida em que o próprio Estado de Direito e o seu regime democrático em si mesmos, sempre tiveram e continuaram a ter custos³². De modo a que, neste plano económico, não teremos que distinguir os direitos sociais e direitos de liberdades entre onerosos e gratuitos, quando face ao supra exposto, todos os direitos implicam custos.

Facilmente se encontram deveres estatais dispendiosos nos direitos de liberdades, como, também, o contrário, ou seja, deveres estatais não custosos nos direitos sociais. Ora, o dever estatal de promover a liberdade de aprender e ensinar, consagrado no artigo 43.º da CRP, tem despesas monetárias, assim como o dever estatal de respeitar ou não impedir o acesso a cuidados de saúde pagos pelos próprios particulares, no que diz respeito ao direito à saúde, consagrado no artigo 64.º da CRP, não necessita de ter custos monetários³³.

Ora, como se tentou demonstrar, não estamos perante polos extremos, direitos gratuitos *versus* direitos caros, pois todos os direitos têm um custo e precisam de uma estrutura estatal que os proteja de possíveis violações causadas por terceiros³⁴.

Assim, todos os direitos fundamentais podem caracterizar-se como pretensões híbridas face ao poder, tanto positivas como negativas, em parte custosas e noutra parte não custosas³⁵.

³¹ Novais, Jorge Reis, *Direitos Sociais, Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, 2010, p. 94.

³² *Ibidem*, p. 96

³³ *Ibidem*, p. 97

³⁴ Carbonell, Miguel, *Los Derechos Sociales: Elementos Para Una Lectura En Clave Normativa*, 2010, pág.46

Exemplificando, deparemos-nos com o direito à liberdade de expressão (direito de liberdade), com efeito, este direito não só supõe a ausência de censura, como, por outro lado, necessita da construção de centros culturais e praças públicas, a subvenção de publicações, a concessão de espaços gratuitos em rádios e televisões ou uma regulação geral que garanta o pluralismo informativo³⁶. Ainda, o direito de voto (outro direito de liberdade), também implica um desencadear de uma série de mecanismos para colocar em prática esse fim, recorrendo a uma completa infraestrutura de pessoal e de material, tendo, pois, repercussões económicas³⁷.

Referimos sucintamente o caso *August and Another v Electoral Commission and Others*, de 1 de Abril 1999³⁸, em que o Tribunal Constitucional Sul Africano emitiu uma ordem à Comissão Eleitoral Independente para que se adotassem todas as medidas materiais razoáveis, dentro de certas condições, de modo a permitir a que os prisioneiros pudessem exercer o seu direito de voto³⁹. Este é mais um exemplo em como há um custo associado à implementação dos direitos, liberdades e garantias.

Deste modo se conclui que gastos monetários estão, efetivamente, associados à garantia dos direitos, quer sejam estes direitos de liberdades e garantias ou direitos sociais.

3. Interligação dos direitos sociais com os direitos humanos

Quanto a nós, a real relevância destes direitos sociais é que os mesmos estão intrinsecamente ligados aos direitos humanos. No entanto, pese embora a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, proclamada a 10 de dezembro de 1948, tenha percorrido um caminho significativo ao longo destes 70 anos, na mudança das mentalidades e comportamentos das sociedades, parece-nos, que “ainda constitui mais esperança do que realidade para a maior parte dos seres humanos.”⁴⁰. Por outras

³⁵ Pisarello, Gerardo, *Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción: el derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, 2003, p. 29.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *August and Another v Electoral Commission and Others* (CCT8/99) [1999] ZACC 3; 1999 (3) SA 1; 1999 (4) BCLR 363 (1 April 1999), disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1999/3.pdf>, consultado em: 30/04/2019.

³⁹ Ponto 42, n.º 3.3: “The respondents are to make all reasonable arrangements necessary to enable the applicants and other prisoners referred to in paragraph 3.1 above to register as voters on the national common voters' roll”.

⁴⁰ Sarlet, Ingo Wolfgang, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspetiva Constitucional*, 2015, p.18.

palavras, muitos Estados pecam por não conseguirem garantir os princípios proclamados nesta Declaração, deixando muitos cidadãos desprotegidos, encontrando-se estes longe de ver os seus direitos garantidos como uma realidade.

Parece-nos correto afirmar que certos direitos sociais tem uma correlação com os direitos de liberdades e garantias, visto que existem direitos de liberdade que têm tendência a proteger bens jurídicos praticamente idênticos aos que tutelam os direitos sociais⁴¹. Tomando-se como exemplo a liberdade ao trabalho (artigo 47.º CRP), antecedente do direito social ao trabalho (artigo 58.º CRP), como também a liberdade de educação (artigo 43.º CRP), vinculada com o direito social à educação (artigo 73.º CRP)⁴².

. Convirá notar que ao privarmos os cidadãos de certos direitos sociais, esquecemo-nos que não só os privamos destes, como também, os limitamos, de forma indireta ou até mesmo direta, de gozarem plenamente de outros direitos. Destarte, com a falta de recursos estatais para apoiar, por exemplo, a educação, o Estado acaba por condicionar os indivíduos na participação da sua vida em comunidade, restringindo a sua intervenção em atividades económicas e políticas⁴³. Em face do exposto, consideramos que se o Estado, quer de facto investir plenamente em toda a sua sociedade, jamais poderá deixar desprotegidos os seus cidadãos.

Ora, esta interligação dos direitos, é, de facto, um aspeto fulcral no que toca à matéria dos direitos fundamentais. Atrevemo-nos a afirmar que o direito à saúde, visto de uma perspetiva mais ampla, pode ao não ser respeitado colocar em causa o direito a uma vida com dignidade, e em última instância o direito à vida, violando-se deste modo o primeiro princípio fundamental dos direitos de liberdades.

Segundo a autora Catarina Santos Botelho “os direitos fundamentais sociais possuem uma ligação umbilical com os princípios jurídicos da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade”⁴⁴.

⁴¹ Carbonell, Miguel, *Los Derechos Sociales: Elementos Para Una Lectura En Clave Normativa*, 2010, pág.47.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Steiner, Henry J., Alston, Philip, Goodman, Ryan, *International, Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, 2008, p.1436.

⁴⁴ Botelho, Catarina Santos, *40 Anos De Direitos Sociais – Uma Reflexão Sobre O Papel Dos Direitos Fundamentais Sociais No Século XXI*, 2016, p.197.

Ora, sendo o princípio da dignidade humana uma das bases da nossa Constituição, o que por si só significa a obrigatoriedade do seu cumprimento pelo Estado e por todas as demais entidades, tal se traduz numa osmose deste princípio com os direitos fundamentais⁴⁵.

Além do mais, parece-nos que a dignidade do ser humano apenas implica a sua liberdade, caso esta seja real, ou seja, se a mesma assentar em condições materiais básicas de subsistência que a vinculem⁴⁶.

Deste modo, salienta-se que o princípio da dignidade fundamenta as normas jurídicas que as mesmas lhe dizem respeito, sendo “um princípio que contribui para a abertura do sistema jurídico dos direitos fundamentais”, e não vale como uma “mera abstração” ou “pura idealidade”, visto gozar de cariz jurídico⁴⁷. Porém, ainda estamos perante um mundo em que muitos cidadãos apenas sonham em ver o princípio da dignidade humana a ser verdadeiramente concretizado. Referimos, sucintamente, o lamentável caso da Síria.

Ora, a guerra civil síria demonstra a clara e manifesta violação, e o absoluto desrespeito pela proteção dos direitos humanos. Nesta guerra, foram perdidas mais de 400 000 vidas, muitos sírios foram feridos, outros desaparecidos e ainda mais de 8000 raptados por grupos armados, o que resultou em mais de 5,6 milhões de refugiados sírios por todo o mundo⁴⁸. Reportou-se que mais de 400 000 pessoas, foram “privadas de comida, cuidados médicos e ajuda humanitária, bombardeados diariamente pelo governo sírio”⁴⁹.

Deste modo compreendemos um caso real em que as leis internacionais e leis internas falharam e que continuam a não se fazer ver, confirmando-se um total desrespeito e violação quer do direito à vida quer do direito a viver com dignidade.

⁴⁵ Moniz, Ana Raquel Gonçalves, Os Direitos Fundamentais e a sua Circunstância, 2017, p.118.

⁴⁶ Botelho, Catarina Santos, 40 Anos De Direitos Sociais – Uma Reflexão Sobre O Papel Dos Direitos Fundamentais Sociais No Século XXI, 2016, p. 201.

⁴⁷ Andrade, José Carlos Vieira de, Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 1983, p. 41.

⁴⁸ Dados retirados da Amnistia Internacional, disponível em: <https://www.amnistia.pt/siria-relembrar-exigir-agir/>, consultado em 06/05/2019.

⁴⁹ Dados retirados da Amnistia Internacional, disponível em: <https://www.amnistia.pt/siria-relembrar-exigir-agir/>, consultado em 06/05/2019.

Parece-nos importante ressaltar o artigo 1.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”.

Ora, o ser humano, enquanto pessoa, é um indivíduo titular de direitos e, como tal, os Estados têm a responsabilidade, não só de respeitar, como também de promover, proteger e, ainda, cumprir esses mesmos direitos que lhes são inerentes⁵⁰.

Os direitos humanos são definidos como sendo “padrões básicos sem os quais as pessoas não podem viver com dignidade”. Por outras palavras, quando privamos alguém dos direitos humanos, estamos a tratar essa mesma pessoa como se esta não fosse um ser humano, o mesmo será que dizer que, não estamos a respeitar a sua dignidade humana, inerente a qualquer ser⁵¹.

Ressalve-se uma similaridade entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, pois, ambos impõem às autoridades, tanto obrigações positivas, como, ainda, obrigações negativas, ou seja, de haver uma intervenção e apoio por parte destas autoridades, como também se absterem de agir, respetivamente⁵².

Ainda, assume-se como relevante, os consecutivos incumprimentos dos Estados para com as organizações internacionais e leis internacionais, e, conseqüentemente, desrespeito para com os seus cidadãos. Porém, há que relembrar que estas organizações não tem a autoridade ou poder para fazerem ver cumpridos os direitos a que os cidadãos têm direito, visto que, também, os governos nacionais não possuem especial apreço por partilhar essa autoridade⁵³, valendo-se da sua soberania.

Relembramos que os direitos humanos estabelecem padrões mínimos e que se focam em áreas de grande injustiça, e como tal, esse standard mínimo em que se baseia é suficiente para ser apoiado universalmente, devendo ser considerado como alta prioridade e prevalecer sobre supostas alegações com base da sua autonomia nacional e cultural^{54/55}.

⁵⁰ Nickel, James W., *Making sense of human rights: Philosophical reflections on the universal declaration of human rights*, 1987, p. 42

⁵¹ AA,VV., *Direitos Humanos Aqui e Agora*, 2002, p. 16.

⁵² Nickel, James W., *Making sense of human rights: Philosophical reflections on the universal declaration of human rights*, 1987, p. 42

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Nickel, James W., *Making sense of human rights*, Segunda Edição, Blackwell Publishing, 2007, p.3.

⁵⁵ A título exemplificativo salientamos o caso da Coreia do Norte, em que todos os cidadãos são privados de direitos humanos, sendo que este país se “esconde” atrás da sua autonomia nacional e cultural. *Vide* a ironia presente no título da sua lei fundamental: Constituição Socialista da República Popular Democrática da Coreia.

Os direitos humanos, para serem plenamente efetivados, têm que ser transpostos para o ordenamento jurídico de um Estado através da consagração de uma constituição escrita ou da positivação de catálogos de direitos fundamentais em legislação ordinária⁵⁶. Referimos brevemente o Reino Unido, a título exemplificativo, visto que este transpôs a Convenção Europeia dos Direitos Humanos no seu ordenamento jurídico através do Human Rights Act 1998⁵⁷. Quando estes direitos são, então, transferidos para a esfera jurídica, consideramo-los como direitos fundamentais. Deste modo “direitos fundamentais nada mais são do que os direitos humanos constitucionalizados.”⁵⁸

Fará sentido, então, esta interligação de direitos, posto que, o seu conteúdo é similar, já que visam, num sentido amplo, a concretização da dignidade da pessoa humana, sendo que a sua grande diferença reside no seu “âmbito de previsão”, ora enquanto que os direitos humanos se encontram em documentos internacionais, os direitos fundamentais encontram-se no âmbito interno do país em questão⁵⁹.

Neste sentido, revemo-nos na teoria do autor Sérgio Resende de Barros, o qual entende que “ao invés da diversidade, há integração: todos os direitos humanos são fundamentais e todos os direitos fundamentais são humanos”⁶⁰.

4. Visão normativa dos direitos sociais

Os direitos sociais devem ser interpretados como direitos plenamente exigíveis perante todas as autoridades do Estado, em todos os seus níveis de governo. A plena exigibilidade requer a criação de uma teoria sólida dos direitos sociais através da aplicação de novos mecanismos processuais ou do melhoramento dos já atuais existentes⁶¹, como é o caso da segurança social.

⁵⁶ Souza, Motauro Ciocchetti de, Júnior, Wilson José Vinci, Globalização e Direito Humano Cultural, 2019, p. 88.

⁵⁷ Hoffman, David, Rowe, John Jermyn, Human Rights in the UK: An Introduction to the Human Rights Act 1998, 2006, p.3.

⁵⁸ Souza, Motauro Ciocchetti de, Júnior, Wilson José Vinci, Globalização e Direito Humano Cultural, 2019, p. 88.

⁵⁹ *Ibidem*, p.89.

⁶⁰ Barros, Sérgio Resende de., A difusão dos Direitos humanos fundamentais. In: Direitos fundamentais coletivos e difusos: questões sobre a fundamentalidade, 2012, p. 38.

⁶¹ Carbonell, Miguel, Los Derechos Sociales: Elementos Para Una Lectura En Clave Normativa, 2010, p.43.

Posto isto, quer-se dizer que os direitos sociais devem ser trabalhados com o intuito de serem melhor definidos e esclarecidos. Ora, retomemos o exemplo do direito à saúde; este, no que lhe diz respeito, deve ser, em primeiro lugar, resguardado pelo legislador, de forma em que na lei se possa definir concreta e corretamente não só as obrigações do Estado nesta matéria, assim como, as prerrogativas dos particulares frente aos órgãos públicos, para poderem fazer ver efetivos os seus direitos exercidos⁶².

Encontram-se numa situação idêntica o resto dos direitos sociais, que, por serem bastantes subjetivos, com uma breve disposição normativa, faz com que seja mais complexo espelharem realmente o conteúdo do direito posto em causa⁶³. Quer o direito à saúde, quer o direito à educação exigem, naturalmente, uma logística e uma fixação de regras cruciais à sua futura análise e aplicação, de modo a serem efetivamente aplicadas⁶⁴.

Face ao exposto, há que determinar o conteúdo semântico (significado) e os alcances concretos de cada direito social inseridos na Constituição⁶⁵. Tomemos como outro exemplo, o direito à habitação, enumerado no artigo 65.º, n.º 1 da CRP, no que diz respeito a: “todos têm direito, para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar.” Ora, quais os alcances desta norma? Até que ponto é ou deixa de ser uma habitação de dimensão adequada? O que deve fazer o Estado para dar cumprimento a esta norma? Em que medida deve o Estado garanti-la? Na ausência de uma proteção adequada deste direito, estará em causa algum tipo de incumprimento constitucional?⁶⁶ Questões deste género são abordadas constantemente devido à subjetividade dos direitos sociais. Muitas das quais são deixadas sem resposta.

É necessário, de facto, ultrapassar esta barreira de determinação do conteúdo e significado destes direitos para que se façam destes plenamente normativos⁶⁷. Ora, não é

⁶² Carbonell, Miguel, *Los Derechos Sociales: Elementos Para Una Lectura En Clave Normativa*, 2010, p.43.

⁶³ Theodor Tomandl, *Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht*, J.C.B. Mohr, Tubinga, 1967, p.33 *apud* Botelho, Catarina Santos, *Os Direitos Sociais Num Contexto De Austeridade: Um Elogio Fúnebre Ao Princípio Da Proibição Do Retrocesso Social?*, 2015, p. 271.

⁶⁴ Botelho, Catarina Santos, *Os Direitos Sociais Num Contexto De Austeridade: Um Elogio Fúnebre Ao Princípio Da Proibição Do Retrocesso Social?*, 2015, p. 271.

⁶⁵ Carbonell, Miguel, *Los Derechos Sociales: Elementos Para Una Lectura En Clave Normativa*, 2010, p.43.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ *Ibidem*.

de estranhar que se levantem questões quanto ao conteúdo de uma norma no mundo de direito. Queremos com isto dizer que até a interpretação dos direitos de liberdade e garantias levantam as suas dúvidas.

A determinação do campo semântico dos direitos serve sobretudo para poder balizar as obrigações mínimas dos poderes públicos em relação a cada direito social. Segundo os autores Abramovich e Courtis, esta determinação das obrigações mínimas é quiçá o que falta para completar o direito constitucional e o direito internacional dos direitos humanos, tanto numa formação das normas que consagram os direitos como a elaboração de órgãos nacionais e internacionais que estejam encarregues da aplicação de cláusulas constitucionais ou de tratados e nas contribuições doutrinárias que lhe dizem respeito⁶⁸.

Realce-se que, apesar de tendencialmente os direitos sociais não serem diretamente aplicáveis, passam a sê-lo quando as suas normas forem “suficientemente determinadas ou determináveis ao nível constitucional e quando esteja em causa o conteúdo mínimo dos direitos”⁶⁹.

Deste modo, os direitos sociais para serem realizados requerem uma certa organização estatal, necessitam de apoio social, de um conjunto de atividades cívicas e um compromisso democrático sério⁷⁰.

É necessário, também, denunciar a inexistência, dentro dos muitos ordenamentos jurídicos contemporâneos, das vias processuais idóneas como forma de os tornar exigíveis, assim como criar os meios de defesa, de modo a que as suas violações possam ser levadas a cabo perante os tribunais ou outros órgãos protetores de direitos fundamentais⁷¹.

Será utópico imaginar um mundo onde não só os mais afortunados podem avocar dos seus direitos, como também, os menos afortunados? Será utópico imaginar um mundo onde o Estado e suas autoridades saibam quais são esses mesmos direitos e

⁶⁸ Abramovich, Víctor e Courtis, Christian, La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales, 2004, p. 297.

⁶⁹ Ciorie, Benedita Mac, Os direitos sociais em crise?, 2013, p.44.

⁷⁰ Carbonell, Miguel, Los Derechos Sociales: Elementos Para Una Lectura En Clave Normativa, 2010, p.44.

⁷¹ *Ibidem*.

essas fragilidades, e sejam sobretudo, capazes de os implementar, de modo a que sejam garantidos a todos cidadãos?⁷²

5. Antecedentes históricos e o surgimento do Estado Social

Qualquer análise aos direitos sociais deve ter por base a consciência de que para estes poderem ser postos em prática, é necessário um certo modelo de organização estatal, um conjunto de precondições de carácter psicológico e de uma base axiológica que nos permita reconhecer o dever moral que temos perante as necessidades dos demais⁷³.

Os pressupostos necessários para dotar de eficácia prática os direitos sociais e as normas constitucionais que os contêm, agrupam-se no conceito de Estado Social, dado que o seu nascimento, desenvolvimento e expansão acabam por ser condições essenciais para a existência dos próprios direitos sociais⁷⁴.

Assim, o surgimento do Estado Social deverá significar a possibilidade de concretizar, na prática, a ideia dos direitos sociais como direitos que devem ser tutelados pelo sistema constitucional⁷⁵.

Por conseguinte, o Estado social surge, primeiramente, como resposta às necessidades objetivas suscitadas pela modernização socioeconómica, ou seja, na medida em que o sistema económico vai evoluindo, o sistema político tem que ser capaz de responder através da geração de conteúdos característicos do Estado Social⁷⁶.

O Estado social dá-se num contexto histórico em que estão presentes três condições essenciais⁷⁷. Ora, em primeiro lugar, o indivíduo é incapaz de satisfazer por si próprio ou com a ajuda do seu contexto social as suas necessidades básicas. Em segundo lugar, surgem riscos sociais que não podem ser enfrentados pelas vias

⁷² Sepúlveda, Magdalena, Nyst, Carly, *The Human rights approach to Social*, 2012, p.6.

⁷³ Carbonell, Miguel, *Los Derechos Sociales: Elementos Para Una Lectura En Clave Normativa*, 2010, p.34-35.

⁷⁴ *Ibidem*, p.35.

⁷⁵ Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993, pp. 72 y ss. *apud* Carbonell, Miguel, *Los Derechos Sociales: Elementos Para Una Lectura En Clave Normativa*, 2010, p.35.

⁷⁶ Carbonell, Miguel, *Los Derechos Sociales: Elementos Para Una Lectura En Clave Normativa*, 2010, p.35.

⁷⁷ Seguimos de perto a ideia de Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, cit., p. 13 *apud* Carbonell, Miguel, *Los Derechos Sociales: Elementos Para Una Lectura En Clave Normativa*, 2010, p.36.

tradicionais, que tem por base a responsabilidade individual. Em terceiro lugar, o Estado deve assumir a responsabilidade de garantir a todos os cidadãos um mínimo de bem-estar, pois caso o Estado não cumpra esta sua obrigação, estaria posta em causa a sua legitimidade.

Ora, quando nos referimos a estas vias tradicionais, tomemos, como exemplo, um indivíduo que não consiga obter emprego, apesar desta ser sua responsabilidade individual, o Estado social pode e deve intervir de forma a colmatar esta necessidade. Poderá fazê-lo pela atribuição de subsídios, formação profissional, de incentivos às empresas, entre outros a fim de proporcionar as mínimas condições de sobrevivência e de dignidade, promovendo como tal o bem-estar da sociedade, atenuando o sofrimento dos cidadãos carenciados⁷⁸.

Precisamente devido à evolução que temos vindo a observar nas mais diversas áreas, nomeadamente a área laboral ou tecnológica⁷⁹, é necessário que o direito acompanhe as consequências que estes desenvolvimentos nos trazem ou causam. Por sua vez, estes mesmos desenvolvimentos proporcionaram o surgimento de situações artificiais de dependência, como é o caso do desemprego, da reforma obrigatória e do alargamento dos períodos de formação de um indivíduo antes do seu acesso ao mercado de trabalho⁸⁰, que outrora nunca teria sido meditado ou ponderado.

Atendendo a estas novas circunstâncias, que transbordam a via tradicional de ajuda, baseada na caridade e no apoio familiar, serão necessários apoios exteriores, que, por sua vez, devem ser institucionalizados para operarem eficientemente e gozarem da amplitude necessária de modo a abarcarem grandes grupos sociais⁸¹.

Portanto, entende-se que as sociedades contemporâneas estão, atual e constantemente, expostas a novos riscos que, outrora, não faziam parte do seu quotidiano ou que não eram consideradas relevantes para o ordenamento jurídico da época⁸².

⁷⁸ Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, cit., p. 22 *apud* Carbonell, Miguel, *Los Derechos Sociales: Elementos Para Una Lectura En Clave Normativa*, 2010, p.38.

⁷⁹ Carbonell, Miguel, *Los Derechos Sociales: Elementos Para Una Lectura En Clave Normativa*, 2010, p.37.

⁸⁰ Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, cit., p. 14 *apud* Carbonell, Miguel, *Los Derechos Sociales: Elementos Para Una Lectura En Clave Normativa*, 2010, p.36.

⁸¹ *Ibidem* p.37.

⁸² *Ibidem*.

Ora, é inquestionável que a teoria dos direitos fundamentais foi influenciada pela doutrina e jurisprudência constitucionais de matriz germânica, sendo imperativo que, no estudo de tais direitos, se faça uma referência a esta doutrina, pois foi através desta que hoje se consegue entender a perspectiva jurídico-objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, a sua aplicabilidade imediata, assim como o próprio conceito e respetiva classificação.⁸³

O atual modelo da segurança social remonta à legislação social alemã, no período de governação de Otto von Bismarck, o qual deu origem a leis, atualmente em voga, entre as quais se encontram a lei de seguro de saúde e maternidade, a lei do seguro de acidentes de trabalho e a lei do seguro de invalidez e velhice⁸⁴, que naturalmente, hoje se encontram melhoradas. Este foi um dos acontecimentos históricos que ajudou a solidificar o modelo do Estado social, que como iremos ver, se consolidou anos mais tarde, após o rescaldo da segunda guerra mundial⁸⁵. Assim, o Estado social consagra a política social como a expansão dos direitos sociais ou a materialização dos direitos políticos democráticos⁸⁶. É a partir deste momento, que se inicia um processo de expansão, tanto do ponto de vista dos conteúdos do Estado social, como da perspectiva geográfica, crescendo o número de países que se tentaram adaptar aos mesmos princípios⁸⁷.

É seguro afirmar que a segurança social é uma das chaves e um dos símbolos do Estado social, quiçá a sua característica mais presente e representativa, pois apesar de os vários modelos que possam existir deste Estado e das suas diferentes configurações e diversidades, dado o seu próprio contexto histórico e geográfico, fica assente a ideia de que não nos podemos referir a um Estado Social sem a presença de um sistema de segurança social⁸⁸.

Ainda, como característica essencial do Estado temos o desenvolvimento económico e bem-estar social que se materializou a nível político num pacto

⁸³ Sarlet, Ingo Wolfgang, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspetiva Constitucional*, 2015, p.17.

⁸⁴ Claramaunt, Carlos Ochando, *El Estado del bienestar Objetivos, modelos y teorías explicativas*, 1999, p.28.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Ibidem*, p.29.

⁸⁷ Carbonell, Miguel, *Los Derechos Sociales: Elementos Para Una Lectura En Clave Normativa*, 2010, p.41.

⁸⁸ *Ibidem* p.39.

sociopolítico entre sindicatos, organizações empresariais e o Estado, sobretudo a partir do momento em que os governos sociais-democratas alcançaram o poder⁸⁹.

Assim sendo, a responsabilidade estatal deve ser entendida, como uma responsabilidade jurídica, garantida a nível constitucional, de forma a que a pessoa vulnerável deixe de ser objeto da relação assistencial e se converta num sujeito portador de direitos⁹⁰.

É a partir da Lei Fundamental de Bona, de 1949, que o Estado Social de Direito adquire reconhecimento constitucional⁹¹. Ora, foi então devido a essa mesma lei, referente à constituição alemã, como também à criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951 que se dá o desenvolvimento no novo direito constitucional, acabando por se tornar responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica⁹².

6. Os Direitos Sociais na Constituição Portuguesa de 1976

A Revolução do 25 Abril de 1974, também conhecida como Revolução dos Cravos ou Revolução de Abril, deu origem a uma viragem histórica do nosso país, simbolizando o fim da ditadura e o início da era da democracia, restituindo aos portugueses os seus direitos e liberdades fundamentais⁹³.

Parece-nos crucial lembrar a importância da efetivação da Constituição, pois sendo esta a lei fundamental do nosso país, temos de observá-la como sendo mais que uma mera técnica, mas sim visionar a simbologia das conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para um futuro através de novos avanços⁹⁴.

⁸⁹ Claramaunt, Carlos Ochando, *El Estado del bienestar Objetivos, modelos y teorías explicativas*, 1999, p.41.

⁹⁰ Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, cit., p. 41 *apud* Carbonell, Miguel, *Los Derechos Sociales: Elementos Para Una Lectura En Clave Normativa*, 2010, p.40.

⁹¹ Carmona Cuenca, *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, cit., pp. 43 y ss *apud* Carbonell, Miguel, *Los Derechos Sociales: Elementos Para Una Lectura En Clave Normativa*, 2010, p. 41.

⁹² Barroso, Luís Roberto, *Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo do Direito (O Triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*, 2005, p. 3.

⁹³ Preâmbulo da Constituição da República Portuguesa.

⁹⁴ Barroso, Luís Roberto, *Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo do Direito (O Triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*, 2005, p.4.

Ora, de facto, a componente social é realmente valorizada no nosso catálogo constitucional⁹⁵. Ainda que a nossa Constituição seja bem-intencionada é sempre complexo transpô-la para a prática, nomeadamente no que toca aos direitos sociais, e como tal, é necessário verificar a efetividade das suas normas, especificamente em relação à proteção social dos mais vulneráveis⁹⁶.

Não obstante, parece-nos relevante salientar que, consoante o artigo 8.º, n.º 1, da CRP, “as normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português”, naturalmente englobando os direitos fundamentais. Adicionalmente, de acordo com o artigo 8.º, n.º 2 “as normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna”. Ressalva-se, então, que estamos perante uma “recepção plena” do direito internacional geral na nossa ordem interna⁹⁷.

7. Direito Internacional

Atendendo à temática desta dissertação, será essencial percorrer o Direito Internacional.

Para além da legislação interna, a maioria dos Estados aderiram a convenções internacionais de direitos humanos, que tem influência, não só nos direitos sociais respetivos aos seus cidadãos, como também, na natureza do sistema legal do próprio Estado⁹⁸.

De forma sucinta, destacamos o direito internacional geral, na qual se encontra inserida a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), que por si só não é um tratado vinculativo⁹⁹, exceto se os países a ela aderirem, transpondo-a, deste modo, para o seu ordenamento jurídico. No entanto, esta Declaração incentivou a criação de mais legislação internacional, tal como o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC) ou o Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e

⁹⁵ Botelho, Catarina Santos, Os Direitos Sociais em Tempos de Crise ou Revisitar as Normas Pragmáticas, 2015, p. 170.

⁹⁶ Sabates-Wheeler, Rachel, *et al.*, Linking Social Rights to Active Citizenship for the Most Vulnerable: The role of rights and accountability in the ‘making’ and ‘shaping’ of social protection, 2017. p.13.

⁹⁷ Andrade, José Carlos Vieira, Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 1983, p.34.

⁹⁸ Gaunt, Julie, Kabeer, Naila, Rights, Responsibilities And Social Protection. The Dynamics Of Supply And Demand: An Issues Paper, 2009, p.3.

⁹⁹ Botelho, Catarina Santos, Os Direitos Sociais em Tempos de Crise ou Revisitar as Normas Pragmáticas, 2015, p. 43.

Políticos (PIDCP), que apostaram mais eficazmente na monitorização da sua aplicação¹⁰⁰.

Deste modo compreende-se que os direitos humanos têm sido “amplamente institucionalizados” (*widely institutionalized*) em variados tratados internacionais, tendo estes sido ratificados pelos mais diversos Estados¹⁰¹.

Quanto à importância desta Declaração¹⁰², o constitucionalista Jorge Miranda entende que: “nenhum documento alcançou tanta autoridade e ressonância política nos séculos XX e XXI como a Declaração Universal dos Direitos do Homem”, certificando-se, além do mais, de referir que a mesma foi uma das fontes da nossa Constituição¹⁰³. Citamos, ainda, António Guterres, secretário geral da ONU, ao afirmar que esta Declaração causou, de facto, um “impacto revolucionário” (*revolutionary impact*) ao longo das sete décadas desde que foi proclamada¹⁰⁴.

Nos termos do artigo 16, n.º 2, da CRP: “os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.” Seguindo, ainda, Jorge Miranda, este entende que este mesmo artigo “reforça”, “clarifica” e “alarga” os direitos fundamentais¹⁰⁵. Concomitantemente, Catarina Santos Botelho, refere que esta Declaração é, de certa forma, uma extensão do nosso catálogo constitucional.

¹⁰⁰ Gaunt, Julie, Kabeer, Naila, Rights, Responsibilities And Social Protection. The Dynamics Of Supply And Demand: An Issues Paper, 2009, p.3.

¹⁰¹ Risse, Thomas, Ropp, Stephen C., Sikkink, Kathryn, The Power of Human Rights: International Norms and Domestic Change, 1999, p.3.

¹⁰² Parece-nos importante salientar que esta Declaração, ganhou o recorde mundial como o Documento mais traduzido no mundo, pelo Guinness World Records, em 1999 com 298 línguas traduzidas, e posteriormente atualizado em 2009 com 370 idiomas diferentes traduzidos. Atualmente, existem mais de 500 traduções para esta declaração, entre elas línguas e dialetos falados por todo o mundo, o que se releva especialmente interessante, visto, que a nosso ver, demonstra a magnitude que esta Declaração tem. É possível consultar todas as traduções em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/SearchByLang.aspx>. Vide: <https://news.un.org/pt/story/2016/11/1567801-recorde-declaracao-universal-de-direitos-humanos-traduzida-em-500-linguas>.

¹⁰³ Miranda, Jorge, A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição Portuguesa, 2018, disponível em: <https://www.publico.pt/2018/12/12/politica/opiniao/declaracao-universal-direitos-homem-constituicao-portuguesa-1854353>.

¹⁰⁴ Guterres, António, Remarks at opening of exhibit on the 70th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights, disponível em: <https://www.un.org/sg/en/content/sg/speeches/2018-12-06/70th-anniversary-universal-declaration-human-rights-remarks>.

¹⁰⁵ Jorge Miranda, A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição Portuguesa, artigo no Publico, 12 de Dezembro de 2018, disponível em: <https://www.publico.pt/2018/12/12/politica/opiniao/declaracao-universal-direitos-homem-constituicao-portuguesa-1854353>

Quanto ao direito internacional regional, é de destacar a Carta Social Europeia Revista. Parece-nos importante salientar que não há, a nível da Europa, nenhum instrumento de proteção dos direitos sociais mais detalhado como a Carta Social Europeia Revista. Esta, engloba a versão original da Carta Social Europeia com o Protocolo de 1988, como também, novos direitos, como é o caso da exclusão social¹⁰⁶.

No entanto, os direitos sociais ainda estão muito aquém da atingir a sua plenitude quanto à sua efetividade, ao nível do Direito Internacional Regional europeu¹⁰⁷.

Adicionalmente, a nível da União Europeia, consta a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), que abarca os direitos fundamentais referidos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, os direitos fundamentais dos cidadãos da União Europeia, como também os direitos económicos e sociais consagrados na Carta Social Europeia e na Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores^{108/109}.

Ora, deste modo, esta Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, consagra inúmeras disposições com relevância aos direitos sociais, sobre o capítulo IV¹¹⁰.

Com efeito, esta Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia “promove uma série de princípios fundamentais que são essenciais para o modelo social europeu”¹¹¹.

Nestes termos, a CDFUE tem como fim a consolidação do processo de proteção de direitos fundamentais na UE, tendo-se tornado, deveras, nuclear na proteção destes mesmos direitos¹¹².

Adicionalmente, no seio da União Europeia, encontra-se o mais recente Pilar Europeu dos Direitos Sociais, que se debruça sobre a igualdade de oportunidades,

¹⁰⁶ Botelho, Catarina Santos, Os Direitos Sociais em Tempos de Crise ou Revisitar as Normas Pragmáticas, 2015, p. 233.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p.235.

¹⁰⁸ Pais, Sofia Oliveira, Estudos de Direito da União Europeia, 4ª edição, 2017, p.156-157.

¹⁰⁹ Para uma melhor compreensão, entenda-se que, a CDFUE é interpretada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem interpretada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a Carta Social Europeia Revista interpretada pelo Comité Europeu dos Direitos Sociais.

¹¹⁰ Pais, Sofia Oliveira, Estudos de Direito da União Europeia, 4ª edição, 2017, p. 158.

¹¹¹ Como consta no n.º 5 do Preâmbulo do Pilar Europeu dos Direitos Sociais.

¹¹² Pais, Sofia Oliveira, Estudos de Direito da União Europeia, 4ª edição, 2017, p. 168 e 174.

acesso ao mercado de trabalho, condições de trabalho justas e à proteção e inclusão sociais¹¹³.

Como podemos observar, o que não falta é legislação que visa proteger os direitos fundamentais, em mais concreto, direitos sociais, no entanto, a efetividade destes direitos em questão mantêm-se.

Ora, a importância deste aglomerado de normas internacionais relativas aos direitos fundamentais, reveza-se em função da capacidade que o Estado tem para desmistificar (concretizar) o sentido destes ou colmatar as insuficiências presentes na nossa Constituição, nomeadamente quanto à limitação e efetividade desses mesmos direitos¹¹⁴. Os mesmos, podem vir a ser afetados pelo artigo 16.º, n.º 1 consagrado na CRP, que diz respeito ao âmbito e sentido dos direitos fundamentais. De acordo com o mesmo: “os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.”

8. Comparação entre países (Estados Unidos da América *versus* Portugal)

Os Estados Unidos, não têm, consagrados na sua Constituição, os direitos económicos, sociais e culturais. Deste modo, estes direitos não são reconhecidos, e como tal não são protegidos por parte do Estado¹¹⁵. Como de todos os atos advêm consequências, estas passam por impactar e afetar negativamente todos os cidadãos americanos, como se pode observar através de resultados escolares desastrosos, altas taxas de morbilidade, mortalidade e a falta de acesso a cuidados de saúde, entre outros¹¹⁶.

Quanto às várias teorias, entre elas sociais, políticas ou culturais, sobre esta diga-se “preferência” pela não integração dos direitos sociais na Constituição americana, exploremos, brevemente, os seus raciocínios. Ora, algumas teorias, encontram o seu fundamento no mero facto de que esta Constituição ser a mais antiga do mundo, tendo

¹¹³ Pilar Europeu dos Direitos Sociais por parte da Comissão Europeia, disponível em: https://ec.europa.eu/commission/priorities/deeper-and-fairer-economic-and-monetary-union/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-20-principles_pt.

¹¹⁴Andrade, José Carlos Vieira, Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 1983, p.37.

¹¹⁵ United States of America - Joint Submission to the United Nations Universal Periodic Review, Toward Economic and Social Rights in the United States: From Market Competition to Public Goods , Ninth, Session of the Working Group on the UPR Human Rights Council, 22 November – 3 December 2010, p. 1, disponível em: <https://www.cwgl.rutgers.edu/docman/universal-periodic-review-upr/347-april-2010-economic-social-rights-report/file>.

¹¹⁶ *Ibidem*.

sido ratificada durante o séc. XVIII, e, como tal, enquadra-se numa época em que as constituições não eram pensadas para incluir garantias sociais e económicas¹¹⁷.

Não obstante, essa constatação factual não serviria como justificação, pois como todas as outras constituições, estas são revistas e ratificadas, as mentalidades mudam e evoluem consoante os tempos, de modo que a sociedade se vai alterando.

E mais não serve, visto que a Constituição americana foi alterada através de emendas, vinte e sete vezes, sendo que a mais recente, data a 1992. Ora, retificações não faltaram, o que nos leva a assumir que foi, de facto, propositado manter de parte¹¹⁸ (veja-se a dupla conotação) os direitos sociais.

Ressalve-se que os EUA têm uma *Bill of Rights*, que contem dez emendas, das quais constam direitos de liberdade de expressão, liberdade religiosa, como também direito à propriedade privada¹¹⁹.

Ora, devemos aqui fazer uma comparação entre a Constituição Portuguesa e a Constituição Americana, de modo a entendermos algumas das suas destrições.

Nestes termos, a doutrina evidência a divisão do constitucionalismo em duas perspetivas. Por um lado, salienta-se o “constitucionalismo funcional”, e por outro o “constitucionalismo aspiracional”¹²⁰.

Ora, quanto ao primeiro, o seu “texto constitucional concentra-se no momento presente, naquilo que visa salvaguardar – agora – e que procurará manter no futuro”¹²¹. Para o alcançar, as normas constitucionais tendem a ser “politicamente neutras” e a absterem-se de “juízos morais”, não sendo estabelecidas como “ideais otimistas”¹²². Deste modo, este modelo de catálogo constitucional é antes compreendido como “frugal” e “minimalista” (*frugal and minimalistic*), visto que o seu texto constitucional apenas consagra o que, de facto, se vê como capaz de alcançar¹²³. Deparamo-nos com

¹¹⁷ Sunstein, Cass R., Why Does the American Constitution Lack Social and Economic Guarantees?, 2003, p.7.

¹¹⁸ “Sublinhado nosso”.

¹¹⁹ Gardbaum, Stephen, The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism, 2008, p.400.

¹²⁰ Botelho, Catarina Santos, Aspirações Constitucionais e Força Normativa da Constituição – Requiem pelo «conceito ocidental de Constituição»? , 2017, p.7.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ Botelho, Catarina Santos, Aspirational Constitutionalism, Social Rights Proximity and Judicial Activism: Trilogy or Trinity, 2017, p. 67.

esta perspectiva constitucional nos países como os Estados Unidos da América, a Alemanha e o Canadá¹²⁴.

Quanto ao constitucionalismo aspiracional, como afirma a autora Catarina Santos Botelho, este encontra-se “repleto de esperança” e “de objetivos mais ou menos distantes a atingir”.¹²⁵ Assim, o seu texto constitucional acaba por ser “longo” e “exaustivo”, consagrando um amplo catálogo de direitos normalmente descomedido a nível de direitos sociais, por exceder os recursos financeiros do próprio Estado¹²⁶. Neste quadro se encontram países como Portugal, Espanha e o Brasil¹²⁷.

Ademais, afigura-se importante salientar que em nenhum destes dois modelos a Constituição deva ser vista como um “documento impermeável” nem como uma “prisão normativa” em face do nosso presente e futuro¹²⁸. É precisamente o oposto, visto que a mesma “significa libertação, possibilidade de maturação das opções constitucionais em múltiplos sentidos”¹²⁹.

Com efeito, estamos perante um país como os Estados Unidos, cujo constitucionalismo é funcional, e um país como Portugal, cujo constitucionalismo é aspiracional, pelo que fará algum sentido que os direitos sociais não se encontrem consagrados no mesmo catálogo, tendo em conta as suas ideologias diferentes.

No entanto, o problema não se encontra no catálogo a que pertencem esses direitos, mas sim no reconhecimento e efetivação destes. Ora, como já referimos, enquanto Portugal reconhece os direitos sociais na sua Constituição (entre os artigos 58.º ao 79.º), quanto aos EUA, a procura desses direitos na sua tão famosa e antiga constituição e subsequentes emendas, traduzir-se-ia numa investigação infrutífera.

Porém, algumas constituições de certos Estados federados norte-americanos apresentam catálogos constitucionais de direitos sociais¹³⁰. Fará sentido referir que a Constituição Americana estabelece um mínimo dos direitos constitucionais, no entanto,

¹²⁴ Botelho, Catarina Santos, *Aspirações Constitucionais e Força Normativa da Constituição – Requiem pelo «conceito ocidental de Constituição?»*, 2017, p. 8.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ Botelho, Catarina Santos, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise ou Revisitar as Normas Pragmáticas*, 2015, p.64.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ Gardbaum, Stephen, *The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism*, 2008, p.446.

cada Estado dispõe de uma certa liberdade, em que pode garantir demais direitos, desde que não colidam com os direitos mínimos já atribuídos¹³¹. Nestes termos, alguns destes Estados aproveitam para institucionalizar certos direitos sociais. Deste modo, salienta-se que em termos de direitos sociais, estes ficam à responsabilidade de cada Estado, aquando da sua lei interna, em vez de pertencerem à lei federal dos Estados Unidos¹³².

Deste modo, depreende-se que os direitos sociais ficam à mercê dos legisladores de cada Estado federado. Por outras palavras, se os mesmos compreenderem estes direitos como prioridade (o que se nos afigura longe da realidade) então talvez se possam ver garantidos alguns destes direitos, porém, caso não sejam considerados relevantes, os mesmos não passarão de meras ideias. Neste sentido, estamos perante um alto grau de discricionariedade destes Estados federados.

Relembremos as palavras do autor José Carlos Viera de Andrade:

*O conjunto dos direitos fundamentais internacionais apresenta algumas características específicas, pelo facto de pretender exprimir o “denominador comum” de sensibilidades bastantes diversas, próprias de países com diferenças, por vezes radicais, de organização política, de estrutura social e económica, de tradição religiosa e cultural*¹³³.

Naturalmente, tais distinções, nem sempre resultarão da diferença de entendimento dos vários países, mas da eventual necessidade que os Estados têm de inserir os seus cidadãos no seu particular contexto sociopolítico¹³⁴.

Em consequência, e explorando, então, este tema de distinção entre países, enquanto que os países da Europa Ocidental, neste caso Portugal, “harmonizam internamente as componentes liberal, democrática e social dos direitos fundamentais”, os Estados Unidos falham em aplicar a maior parte dos direitos sociais¹³⁵. Ora, como fundamento, ao que é visto da nossa parte como falha, encontram-se o “seu sistema económico e espírito coletivo, fortemente impregnados pelo liberalismo”, que servem quiçá, como escudo deste país a este problema¹³⁶.

¹³¹ Gardbaum, Stephen, *The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism*, 2008, p.446

¹³² *Ibidem*.

¹³³ Seguimos de perto a ideia de Andrade, José Carlos Vieira, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 1983, p. 22.

¹³⁴ *Ibidem*, p.23.

¹³⁵ *Ibidem*, p.23-24.

¹³⁶ Andrade, José Carlos Vieira, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 1983, p. 24.

Se considerássemos a hipótese do custo acrescido inerente a estes direitos como forma dos Estados se eximirem da sua responsabilidade, negligenciando desta forma e por este motivo a implementação dos direitos sociais, logicamente entenderíamos que para um país como os EUA tal não faria sentido, não sendo a causa nem “justa causa” de a eles se esquivarem.

É evidente que, os direitos sociais podem ser extraordinariamente onerosos, já que implicam custos adicionais¹³⁷. Todavia, como já frisado, entende-se que todos os direitos implicam custos monetários. Deste modo, denota-se novamente um critério subjetivo através do qual se dá primazia aos direitos menos onerosos, ou menos conflituosos na respetiva sociedade.

Acrescente-se que os EUA assinaram os pactos da ONU, nomeadamente o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, previamente referido, contudo recusaram a sua ratificação, sob a problemática de que tal impusesse uma “restrição do alcance internamente reconhecido às liberdades constitucionalmente garantidas”¹³⁸.

8.1. O imbróglio do Obamacare (Affordable Care Act)

A comprovar alguns problemas que os EUA têm tido quanto à implementação de uma efetiva justiça social, tem sido o imbróglio do “Obamacare”, formalmente conhecido como *The Patient Protection and Affordable Care Act* (Lei dos Cuidados Acessíveis).

Faremos uma sucinta análise aos problemas que este “Obamacare” suscitou, de modo a demonstrar a falta de proteção do direito à saúde neste país. Quer aquando da sua aprovação, implementação e ainda pela atual discussão de o mesmo vir eventualmente, a ser retirado pelo atual presidente dos EUA, Donald Trump.

Ora, como os EUA não têm nenhum serviço nacional de saúde de modo a promover e salvaguardar o direito à saúde, foi previsto um seguro de saúde que abrangesse os seus cidadãos, como tentativa de colmatar esta falha.

¹³⁷ Sunstein, Cass R., *Why Does the American Constitution Lack Social and Economic Guarantees?*, 2003, p.7.

¹³⁸ Andrade, José Carlos Vieira, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 1983, p. 24.

Algumas tentativas, que remontam à altura de Theodore Roosevelt¹³⁹, foram feitas, ainda que sem sucesso, de modo a que fosse possível prestar seguro de saúde aos cidadãos¹⁴⁰.

Digamos que nesta sequência histórica, surge o suprarreferido Affordable Care Act, que doravante designaremos como ACA, com um “duplo objetivo” (*dual goal*) de não só expandir a cobertura dos serviços de saúde a todos os cidadãos americanos, como também, reduzir os custos de saúde no país¹⁴¹.

Sem embargo, veja-se que a efetivação e implementação do ACA foi alvo de grande resistência e obstáculos entrepostos, pois mesmo na sua tomada de decisão o governo ficou dividido. Quanto aos votos, estes foram 219 a favor da aprovação desta lei, e 212 contra¹⁴².

Todavia, foi na presidência de Obama que a ACA foi aprovada e por ser extremamente defendida e levada a cabo pelo mesmo, acabou por se designar mais tarde, também, como “Obamacare”, sendo considerado um dos seus grandes sucessos.

Confirma-se, de facto, que esta lei ajudou a que milhões de americanos tivessem acesso a serviços de saúde¹⁴³.

O que levou mais de um século a alcançar, tendo sido reconhecido como uma conquista por grande parte do país, está, no entanto, a ser posto em causa desde que o Presidente Trump assumiu o poder, visto ter “ameaçado” revogar a referida lei.

Entenda-se a gravidade da situação. Ora, os EUA ao manterem o seu sistema de saúde dispendioso e privado e por não concederem um serviço público estão a desproteger os cidadãos que não têm possibilidades nem meios para aceder a este mesmo sistema, os quais simplesmente continuarão desprovidos de prestações e apoios de saúde. Deste modo, há uma privação aos seus cidadãos dos direitos sociais, estando

¹³⁹ Theodore Roosevelt foi o 26.º presidente dos EUA (1901 a 1909). Informação disponível em: <https://www.whitehouse.gov/about-the-white-house/presidents/theodore-roosevelt/>.

¹⁴⁰ Faguet, Guy B., *The Affordable Care Act, A Missed Opportunity, A Better Way Forward*, 2013, p.4.

¹⁴¹ *Ibidem*, p.2.

¹⁴² *Ibidem*, p.1.

¹⁴³ A título demonstrativo, verificou-se, em 2016, que a quantidade de mulheres trabalhadoras, entre os 19 e os 64 anos, que não tinham seguro de saúde reduziu drasticamente desde 2010, descendo de 19 para 11 milhões. *Vide*: Gunja, Munira Z., *et al.*, *How the Affordable Care Act Has Helped Women Gain Insurance and Improved Their Ability to Get Health Care Findings from the Commonwealth Fund Biennial Health Insurance Survey*, 2016, p.2.

potencialmente a retirar anos de vida aos mesmos, colocando em causa um dos princípios fundamentais, que não mais é, que o direito à vida.

Saliente-se que apesar de os Estados Unidos oferecerem os melhores cuidados de saúde a nível mundial, entende-se, que o seu sistema de saúde acaba por ser “fragmentado”, “inequitativo” e “injustificadamente oneroso” (*fragmented, inequitable, unjustifiably costly*)¹⁴⁴. Não será então de estranhar que se verifique que a assistência médica deste país tenha os custos mais elevados do mundo¹⁴⁵.

Deparamo-nos, pois, com uma inexistência de políticas públicas convictas de proteção social, que realmente se distingue de outros países.

Em jeito de conclusão, o sistema de saúde nos EUA parte de uma posição ideológica que se foca mais num sistema privado de saúde, deixando os consumidores que não conseguem suportar este tipo de sistema de saúde, discriminados na sombra¹⁴⁶.

Será curioso notar que decorrido mais de um século de tentativas falhadas, hoje se considere o sistema de saúde americano como uma “amálgama desajustada” (*disjointed amalgam*) moldada por inúmeros documentos legislativos dispersos influenciados por “indivíduos influentes” (*influential constituents*) e “poderosos grupos de interesse” (*powerful interest groups*)¹⁴⁷.

Esta é a confirmação da nossa teoria de que o direito à saúde é visto e tratado como um luxo pelo Estado Americano, no qual, somente determinado estrato social tem acesso a esses cuidados que se deveriam considerar básicos e fundamentais.

Quando efetivamente estamos perante um estado poderoso que marginaliza estes direitos fundamentais sociais não por carência económica, mas sim por não os considerar precípuos.

Posto tudo isto, deparamo-nos com um país como os EUA, que não consagra os direitos sociais na sua constituição e no qual se encontra grandes deficiências a nível de saúde, visto que quase todo o acesso a esta é privado. Por outro lado, cruzamo-nos com Portugal, cujos direitos sociais estão consagrados na constituição, que tem um sistema nacional de saúde, não se podendo, no entanto, afirmar, ser este “um mar de rosas”.

¹⁴⁴ Faguet, Guy B., *The Affordable Care Act, A Missed Opportunity, A Better Way Forward*, 2013, p.8.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p.18.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 119.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p.4.

No entanto, não poderíamos deixar de acrescentar que este sistema existe, funciona razoavelmente, é implementado e protegido pelo estado, não obstante, os recursos do estado português não serem passíveis de ser comparados aos dos EUA.

Ou seja, parece-nos que “comparar o constitucionalismo europeu ao constitucionalismo norte-americano seja equivalente a comparar aquilo que é incomparável”¹⁴⁸.

8.2. Direito à saúde a nível internacional

Temos dado especial foco ao direito à saúde, de modo a que seja possível entender a relevância dos direitos sociais na nossa sociedade, e a consequente urgência de um investimento nos mesmos.

Neste sentido de reconhecimento internacional do direito à saúde devemos considerar a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e, ainda, a Organização Mundial da Saúde (OMS).

Consideremos a definição de saúde, que consta no preâmbulo da Constituição da OMS de 1946: “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”¹⁴⁹.

Destaque-se a importância por esta conferida: “gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano¹⁵⁰, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição económica ou social”. Acrescenta e dá relevância, ainda, ao seguinte: “a saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados”¹⁵¹.

¹⁴⁸ Botelho, Catarina Santos, Os Direitos Sociais em Tempos de Crise ou Revisitar as Normas Pragmáticas, 2015, p. 193.

¹⁴⁹ Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde, disponível em: <http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd48/basic-documents-48th-edition-en.pdf#page=7>, respetiva tradução em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>.

¹⁵⁰ “Sublinhado nosso”.

¹⁵¹ Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde.

Com efeito, “o direito à saúde é um direito humano e fundamental”¹⁵². Como tal, deverá ser assegurado universalmente por todos, através dos melhores métodos possíveis, assumindo eficácia imediata¹⁵³. Deste modo, poderemos garantir o nosso direito à vida, vivendo-a com a maior dignidade possível.

Ainda, tanto a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, nomeadamente o seu artigo 35.^o¹⁵⁴, como o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais quanto ao seu artigo 12.^o, n. ^o1¹⁵⁵ fazem referências relevantes ao direito à saúde, procurando assim demonstrar a real relevância deste direito, enquanto direito social e direito à vida.

¹⁵² Sturza, Janaína Machado, Lucion, Maria Cristina Schneider, A Promoção Do Direito À Saúde e a Atuação Subsidiária Dos Entes Privados De Planos De Saúde (A Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais nas relações privadas: questões contemporâneas), 2014, p.167.

¹⁵³ *Ibidem*.

¹⁵⁴ Artigo 35.^o: “Todas as pessoas têm o direito de aceder à prevenção em matéria de saúde e de beneficiar de cuidados médicos, de acordo com as legislações e práticas nacionais. Na definição e execução de todas as políticas e acções da União, será assegurado um elevado nível de protecção da saúde humana.”

¹⁵⁵ Artigo 12.^o, n. ^o1: “Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir.”

9. Conclusão

Chegados até aqui, esperemos ter tido sucesso na pretensão inicial de demonstrar a importância que os direitos sociais têm na nossa sociedade e o impacto que a falta de proteção destes causa. Analisamos a visão que certos Estados têm sobre os mesmos, verificando os meios de que os países dispõem ao seu alcance para os implementar, de acordo com a sua consideração do carácter essencial destes direitos, sejam ora de primordial importância, ora meramente dispensáveis.

Começamos por distinguir os direitos sociais e os direitos de liberdade, em consonância com a CRP e fomos procurando as suas interligações, as suas semelhanças e o seu valor fundamental. Neste nosso caminho, apresentamos as três douradas doutrinas, perfilhadas por ilustres autores, e eis senão quando nos debatemos com a árdua tarefa de optar por aquela que nos parecia mais ajustada, porque efetivamente no nosso entender e salvo melhor opinião, todas elas têm os seus devidos fundamentos.

De facto, a existência de uma interligação entre os direitos sociais e os direitos de liberdade, demonstra-se fundamental, como foi exemplificado ao longo da dissertação. Exploramos o caso da ligação direito à saúde e o direito à vida, concluindo que um sem o outro poderá ficar destituído de sentido. Em boa verdade, se o estado não protege o direito à saúde dos seus cidadãos, não disponibiliza meios para que todos possam ter acesso a este direito social, pelo qual a norma fundamental do direito à vida ficará, de certa forma, limitada à sua mera existência normativa. Ora, “The quality of life is more important than life itself”¹⁵⁶.

Entramos na não menos debatida distinção entre direitos onerosos e gratuitos para a distinção dos direitos de liberdade e os direitos sociais, considerando, evidentemente, os recursos do Estado como essenciais para estes prosseguirem determinadas políticas sociais. Não menos verdade é que muitos Estados se escudam na implementação de direitos sociais com base na dicotomia de que os direitos de liberdade são direitos gratuitos e os direitos sociais são onerosos.

Creio que conseguimos contrariar esta ideia “confortável” e “tradicional” de que os direitos sociais se traduzem em direitos onerosos e como tal nem sempre podem ser implementados, enquanto que os direitos de liberdade são caracterizados pela sua

¹⁵⁶ Alexis Carrel, laureado com o Nobel de Fisiologia ou Medicina em 1912.

gratuidade. Indubitavelmente, todos os direitos enquanto que institucionalizados implicarão sempre custos, sejam estes de forma visível ou não.

Teremos que concluir que os recursos económicos, embora limitadores, do Estado nem sempre servem como resposta para a falta de proteção dos direitos sociais. Face à distinção entre os Estados mais poderosos e/ou com maiores recursos económico-financeiros, compreende-se que é sobretudo a sua realidade social e visão política que determinará o que o estado entende como essencial, e como tal o investimento que fará de acordo com as mesmas, traduzindo-se isto frequentemente na negligência dos direitos sociais.

De facto, enquanto para Portugal os direitos sociais são vistos como genuínos direitos fundamentais constitucionais, para os EUA, os mesmos são denegados ao nível da Constituição federal, não conseguindo nós deixar de verificar que este país os considera como um mero luxo.

Estamos convictos da necessidade da criação de meios de defesa e da denuncia da inexistência de vias processuais idóneas para a efetivação dos direitos sociais. Ainda, deverão se esculpir e desmistificar os alcances concretos dos direitos sociais nos catálogos constitucionais, nomeadamente quanto as suas limitações, de forma a facilitar a interpretação dos mesmos.

Os Estados poderão colmatar, assim, as necessidades mais prementes, canalizando os seus muitos ou poucos recursos nesse sentido, pese embora as limitações correspondentes à realidade desse Estado. E como tal, *ubi jus ibi remedium*.

Finalizando, parece-nos que investir nos direitos sociais, se traduzirá, como tal, num investimento na evolução da sociedade.

Em suma, reiteramos as palavras do ex-Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos, Zeid Ra'ad Al Hussein: "Human rights are not costly – they are priceless"¹⁵⁷.

¹⁵⁷Human Rights Council 32nd Session, Opening Statement by Zeid Ra'ad Al Hussein United Nations High Commissioner for Human Rights, Geneva, 13 June 2016, p. 4, disponível em: <http://www.universal-rights.org/wp-content/uploads/2016/07/HRC32-HC-Briefing.pdf>

10. Bibliografia

- ALEXANDRINO, José de Melo - O Papel Dos Tribunais Na Protecção Dos Direitos Fundamentais Dos Cidadãos. In *O Discurso dos Direitos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. pp. 357-378.

- ABRAMOVICH, Víctor, COURTIS, Christian - Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales. In *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. 1ª ed., 1ª reimp. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. cap. II, pp.283-350.

- AA.VV. - Direitos Humanos Aqui e Agora. Lisboa: Amnistia Internacional - Secção Portuguesa, 2002.

- ANDRADE, José Carlos Vieira - Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 1ª Edição. Coimbra: Livraria Almedina, Abril, 1983.

- BARROS, Sérgio Resende de - A difusão dos Direitos humanos fundamentais. In *Direitos fundamentais coletivos e difusos: questões sobre a fundamentalidade*. 1ª edição. São Paulo: Editora Verbatim, 2012, pp. 37 – 46.

- BARROSO, Luís Roberto - Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo do Direito (O Triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), Rio de Janeiro, 240: 1-42, Abril/Junho, 2005.

- BOTELHO, Catarina Santos – Os Direitos Sociais em Tempos de Crise: ou Revisitar as Normas Pragmáticas. Coimbra: Almedina, Abril, 2015.

- BOTELHO, Catarina Santos - 40 Anos De Direitos Sociais – Uma Reflexão Sobre O Papel Dos Direitos Fundamentais Sociais No Século XXI. *Julgar*, n.º29, Maio-Agosto 2016, pp.197-216. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2912278> .

- BOTELHO, Catarina Santos - Os direitos sociais num contexto de austeridade: um elogio fúnebre ao princípio da proibição do retrocesso social? In *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa: Edição da Ordem dos Advogados. Vol. I/II, pp. 259-294, 2015.

- BOTELHO, Catarina Santos - Aspirações Constitucionais e Força Normativa da Constituição – Requiem pelo «Conceito Ocidental de Constituição»? *Jornadas nos 40*

Anos da Constituição da República Portuguesa – Impacto e Evolução, Universidade Católica Editora, Porto, (2017), pp. 19-52. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2913580> .

- BOTELHO, Catarina Santos - Aspirational Constitutionalism, Social Rights Proximity and Judicial Activism: Trilogy or Trinity. In Comparative Constitutional Law And Administrative Law Quarterly - Volume III, (December 2017) Issue Iv, pp. 62 -87. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3082954> .

- CARBONELL, Miguel - Los Derechos Sociales: Elementos Para Una Lectura En Clave Normativa. Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região – nº 03-2010, pp.34-57.

- CLARAMUNT, Carlos Ochando - El Estado Del Bienestar: Objetivos, modelos y teorías explicativas. Revista Del Ministerio De Trabajo Y Asuntos Sociales. Barcelona: Ariel Practicum, 1999.

- CRORIE, Benedita Mac - Os direitos sociais em crise?, A Crise E O Direito Público, VI Encontro De Professores Portugueses De Direito Público. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, (Outubro de 2013) pp. 33-45.

- FAGUET, Guy B., The Affordable Care Act: A Missed Opportunity, A Better Way Forward. New York: Algora Publishing, 2013.

- GARDBAUM, Stephen - The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism. Vol. 107, Michigan Law Review, 391 (2008), pp. 391 – 496. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol107/iss3/1> .

- GUNJA, Munira Z., *et al.* - How the Affordable Care Act Has Helped Women Gain Insurance and Improved Their Ability to Get Health Care Findings from the Commonwealth Fund Biennial Health Insurance Survey. 2017.

- HOFFMAN, David, ROWE, John Jermyn - Human Rights in the UK: An Introduction to the Human Rights Act 1998. 2º ed. England: Pearson Education Limited, 2006.

- MONIZ, Ana Raquel Gonçalves - Os Direitos Fundamentais e a sua Circunstância. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, Dezembro 2017.

- NICKEL, James W. - Making sense of human rights: Philosophical reflections on the universal declaration of human rights. 2º ed., Blackwell Publishing, 2007.

- NOVAIS, Jorge Reis - Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. 1ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, Março, 2010.

- PAIS, Sofia Oliveira - Estudos de Direito da União Europeia, 4ª edição. Coimbra: Edições Almedina, Março, 2017.

- RAMOS, Murilo César - Comunicação, direitos sociais e políticas públicas. In Marques De Melo, J.; Sathler, L. Direitos à Comunicação na Sociedade da Informação. São Bernardo do Campo, SP: Umesp, 2005, pp. 245 – 253.

- RISSE, Thomas, ROPP, Stephen C., SIKKINK, Kathryn - The Power of Human Rights: International Norms and Domestic Change. United Kingdom: Cambridge University Press, 1999.

- SABATES-WHEELER, Rachel, *et al.* - Linking Social Rights to Active Citizenship for the Most Vulnerable: The role of rights and accountability in the ‘making’ and ‘shaping’ of social protection. Florence: UNICEF Office of Research – Innocenti. October, 2017.

- SARLET, Ingo Wolfgang - A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspetiva Constitucional, 12.º edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

- SEPÚLVEDA, Magdalena, NYST, Carly - The Human rights approach to Social Protection. Ministry of Foreign Affairs of Finland, 2012. Disponível em: Sepulveda Carmona, <https://ssrn.com/abstract=2114384>

- SOUZA, Motauri Ciocchetti de, JÚNIOR, Wilson José Vinci - Globalização e Direito Humano Cultural. In Revista Direito Internacional E Globalização Econômica, v. 1, n. 1-Ext. Edição Extraordinária - Direitos Humanos, (2019), pp.86-103.

- STEINER, Henry J., ALSTON, Philip, Goodman, Ryan - International, Human Rights in Context: Law, Politics, Morals. 3ª edição. New York: Oxford University Press, 2008.

- STURZA, Janaína Machado, LUCION, Maria Cristina Schneider - A Promoção Do Direito À Saúde e a Atuação Subsidiária Dos Entes Privados De Planos

De Saúde. In Ziemann, Aneline Dos Santos, Alves, Felipe Dalenogare - A Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais nas relações privadas: questões contemporâneas. São Paulo: PerSe, 2014. pp.167 – 185

- SUNSTEIN, Cass R. - Why Does the American Constitution Lack Social and Economic Guarantees? University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper No. 36, (2003). Disponível em: http://ssrn.com/abstract_id=375622

- United States of America - Joint Submission to the United Nations Universal Periodic Review, Toward Economic and Social Rights in the United States: From Market Competition to Public Goods, Ninth, Session of the Working Group on the UPR Human Rights Council, 22 November – 3 December 2010. Disponível em: <https://www.cwgl.rutgers.edu/docman/universal-periodic-review-upr/347-april-2010-economic-social-rights-report/file>.