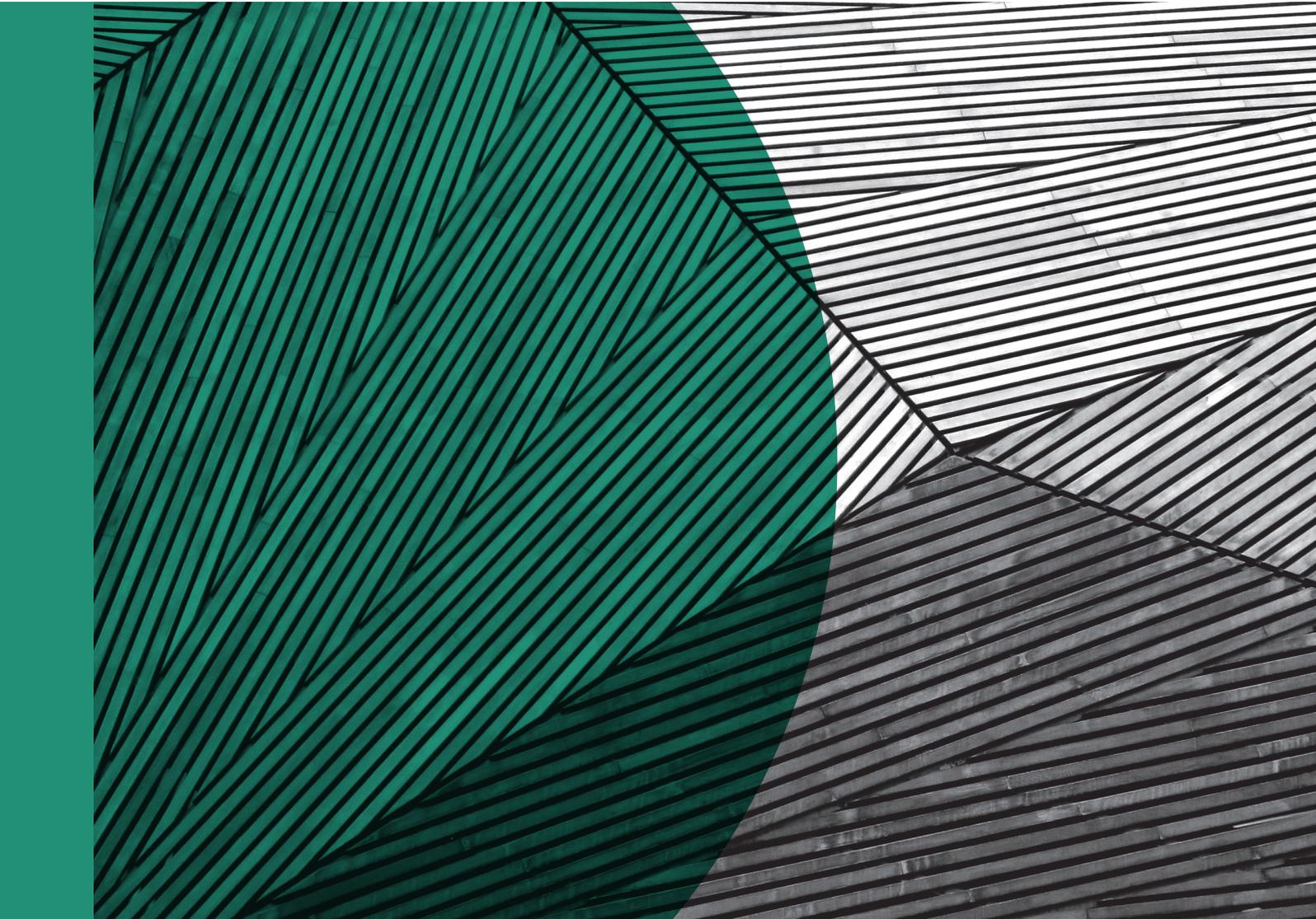


OS NOVOS PARADIGMAS DO ESTADO SOCIAL

JORGE MIRANDA



Os novos paradigmas do Estado social *

Jorge Miranda

I

1. O Estado constitucional, representativo ou de Direito surgiu nos séculos XVIII e XIX, como Estado *liberal*, assente na ideia de liberdade e, em nome dela, empenhado em conter o poder político tanto internamente, pela sua divisão, quanto, externamente, pela redução ao mínimo das suas funções perante a sociedade. “Il faut que le pouvoir arrête le pouvoir”, ensinava MONTESQUIEU.

Quando instaurado, coincidiria com o triunfo da burguesia. Daí o realce da liberdade contratual, a absolutização da propriedade, a recusa, durante muito tempo, do direito de associação (dizendo-se que ela diminuiria a liberdade individual), a restrição do direito de voto aos possuidores de certo montante de bens ou de rendimentos, únicos que, tendo responsabilidades sociais, deveriam assumir responsabilidades políticas (sufrágio censitário).

Contudo, como assinala GUSTAV RADBRUCH, na sua *Filosofia do Direito* (II, 4ª ed. portuguesa, Coimbra, 1961, 137-138), a liberdade reclamada pela burguesia, no seu interesse de classe, só pelo facto de ter sido reclamada sob a veste do direito, veio a aproveitar ao quarto estado e a redundar em prejuízo dos próprios interesses da burguesia sob a forma do direito de associação. “É justamente por efeito desta auto-regência do jurídico que até as próprias classes inferiores podem ter interesse na realização do direito estabelecido pelas classes superiores ... Esse direito, apesar de ser de classe, é sempre direito e, sendo direito, jamais ousará apregoar francamente o interesse de classe dominante. Encontrá-lo-á sob a roupagem duma forma jurídica,

* Conferência proferida em 28 de Setembro de 2011, em Belo Horizonte, no XXXVII Congresso Nacional de Procuradores de Estado.

redundando, qualquer que seja o seu conteúdo, em benefício de todos os oprimidos”.

Seria, assim, menos em resultado das críticas doutrinárias ao liberalismo, nas suas vertentes filosófica e económica – críticas de vários quadrantes desde as socialistas, de diferentes matrizes, à da Doutrina Social da Igreja – do que, por efeito da progressiva organização dos trabalhadores em sindicatos e em partidos, que, no exercício da liberdade, seriam reivindicados direitos sociais ou direitos económicos, sociais e culturais – direitos económicos para garantia da dignidade do trabalho, direitos sociais para segurança na necessidade e direitos culturais como exigência do acesso à educação e à cultura e, em último termo, de transformação da condição operária.

2. Estes direitos apenas lograriam ser consagrados constitucionalmente aquando das convulsões decorrentes ou subsequentes à primeira guerra mundial, em que foram mobilizados milhões de soldados e com a qual ocorreria uma larga mudança de mentalidades. De qualquer forma, a industrialização, a urbanização e a erradicação do analfabetismo torná-los-iam inevitáveis. E, como se sabe, os primeiros textos constitucionais que os consagrariam seriam a Constituição mexicana de 1917, a Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, da Rússia, de 1918, e a Constituição alemã de 1919 (a Constituição de Weimar).

Vem a ser a partir desta altura que começa a falar-se em *Estado social* como Estado contraposto ao liberalismo económico, embora, em “era de ideologias e de revoluções”, sejam intransponíveis as distâncias entre as concepções e os tipos históricos que conseguem impor-se. São, de todo em todo, inconfundíveis e irreduzíveis o Estado soviético-marxista, o Estado corporativo-fascista ou fascizante e o Estado designado por Estado social de Direito.

3. O ponto básico está em que o *Estado social de Direito*, se incorpora os direitos sociais, não apaga, nem subverte as liberdades, mormente as liberdades públicas, e, em geral, todos os direitos e garantias individuais; em que, se afasta o liberalismo económico continua fiel ao liberalismo político; e em que, se exige para o Estado um papel insubstituível na economia, não exclui a iniciativa privada e o mercado.

Vindo na continuidade do Estado liberal (ou como sua segunda fase) – mais por transição constitucional do que por via revolucionária – o Estado social de Direito retira do princípio da soberania nacional, que aquele já proclamara, o corolário lógico do sufrágio universal; e, por seu turno, o sufrágio universal viria a ser um meio privilegiado de conquista de mais e mais direitos sociais. Ao governo representativo burguês vai suceder a democracia representativa.

Ao mesmo tempo e não por acaso, procura-se aperfeiçoar e consolidar a tutela de uns e outros direitos, reforçando o controlo de constitucionalidade e da legalidade pelos tribunais (tribunais constitucionais e administrativos ou órgãos homólogos) e por outras formas.

Em suma: liberdade e direitos sociais, Estado prestador de serviços e interventor, sob feições e em graus diversos, nos mecanismos económicos, mercado condicionado e regulado (ou economia social de mercado), separação de poderes (mesmo se diferente, em vários pontos, do século XIX). Em suma ainda: Estado democrático de Direito (ou Estado de Direito) é o outro nome do Estado social de Direito.

4. Para o Estado social de Direito, a liberdade *possível* – e, portanto, *necessária* – do presente não pode ser sacrificada em troca de quaisquer metas, por justas que sejam, a alcançar no futuro. Há que criar *condições de liberdade* – de liberdade *de facto*, e não só *jurídica*; mas a sua criação e a sua difusão somente têm sentido em *regime de liberdade*. Porque a liberdade (tal como a igualdade) é indivisível, a diminuição da liberdade – civil ou política de alguns (ainda quando socialmente minoritários), para outros (ainda quando socialmente majoritários) acederem a novos direitos, redundaria em redução da liberdade de todos.

O resultado almejado há-de ser uma *liberdade igual para todos*, construída através da correcção das desigualdades e não através de uma igualdade sem liberdade; sujeita às balizas materiais e procedimentais da Constituição; e susceptível, em sistema político pluralista, das modulações que derivem da vontade popular expressa pelo voto.

Nos direitos de liberdade parte-se da ideia de que as pessoas, só por o serem, ou por terem certas qualidades ou por estarem em certas situações ou inseridas em certos grupos ou formações sociais, exigem respeito e protecção por parte do Estado e dos

demais poderes. Nos direitos sociais, parte-se da verificação da existência de desigualdades e de situações de necessidade – umas derivadas das condições físicas e mentais das próprias pessoas, outras derivadas de condicionalismos exógenos (económicos, sociais, geográficos, etc.) – e da vontade de as vencer para estabelecer uma relação solidária entre todos os membros da mesma comunidade política.

A existência das pessoas é afectada tanto por uns como por outros direitos. Mas em planos diversos: com os direitos, liberdades e garantias, é a sua esfera de autodeterminação e expansão que fica assegurada, com os direitos sociais é o desenvolvimento de todas as suas potencialidades que se pretende alcançar; com os primeiros, é a vida imediata que se defende do arbítrio do poder, com os segundos é a esperança numa vida melhor que se afirma; com uns, é a liberdade actual que se garante, com os outros é uma liberdade mais ampla e efectiva que se começa a realizar.

Os direitos, liberdades e garantias são direitos de *libertação do poder* e, simultaneamente, *direitos à protecção* do poder contra outros poderes (como se vê, quanto mais não seja, nas garantias de intervenção do juiz no domínio das ameaças à liberdade física por autoridades administrativas). Os direitos sociais são *direitos de libertação da necessidade* e, ao mesmo tempo, *direitos de promoção*. O conteúdo irreduzível daqueles é a limitação jurídica do poder, o destes é a organização da solidariedade.

Liberdade e libertação não se separam, pois; entrecruzam-se e completam-se; a unidade da pessoa não pode ser truncada por causa de direitos destinados a servi-la e também a unidade do sistema jurídico impõe a harmonização constante dos direitos da mesma pessoa e de todas as pessoas.

II

5. A passagem dos direitos sociais das Constituições para a prática foi ocorrendo, nos últimos cem anos, em ondas sucessivas e, em alguns casos, com reflexos.

Na Europa a sua época de ouro vai desde 1945 até aos anos 80, com abonos familiares, segurança social abrangendo todas as vicissitudes das vidas das pessoas, serviço nacional de saúde geral e gratuito ou tendencialmente gratuito, garantia de acesso de todos aos graus mais elevados do ensino, segundo as suas capacidades e independentemente das condições económicas, políticas de pleno emprego, garantia do mínimo existencial, etc. Alude-se, com frequência, a um modelo social europeu. Na realidade, ele toma configurações diversas em virtude de fatores variáveis; melhor será considerar um modelo nórdico, um modelo britânico, um modelo francês, um modelo da Europa central, um modelo da Europa meridional.

Fora da Europa, entre os países anglo-saxónicos ou de influência anglo-saxónica, muito nítido é o contraste entre os Estados Unidos (onde só muito recentemente se tenta estabelecer um sistema de saúde universal), de uma parte, e a Austrália e a Nova Zelândia, de outro lado, e de outro lado ainda, a África do Sul (onde graças ao Tribunal Constitucional, se têm conseguido alguns avanços sociais). Não menos significativas são as concretizações muito variáveis nos países da América Latina. Já em quase todos os países asiáticos e africanos são ainda tímidas as realizações de Estado social.

No tocante a Portugal e ao Brasil remontam às Constituições, respetivamente, de 1933 e de 1934, as primeiras normas definidoras de direitos sociais, acompanhadas de instituição de previdência. Mas, em rigor, o Estado social apenas se irá desenvolver por força e na vigência das novas Constituições democráticas de 1976 e 1988, tendo vindo a jurisprudência constitucional a desempenhar um relevante papel (mais no Brasil do que em Portugal).

6. Os direitos sociais ou o princípio da socialidade (na fórmula cunhada por alguns Autores) manifestam-se também para lá do Estado, na sociedade internacional. Segundo o art. 22º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, toda a pessoa, como membro da sociedade, pode legitimamente exigir a satisfação dos direitos económicos, sociais e culturais indispensáveis, graças ao esforço nacional e à cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada país. E elencos mais ou menos densos constam do Pacto Internacional de Económicos, Sociais

e Culturais, da Convenção interamericana de Direitos do Homem, da Carta Social Europeia, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e das convenções internacionais de trabalho.

O nível de proteção internacional é muito menos apurado do que o dos direitos de liberdade, o que não quer dizer que não possa existir e desenvolver-se. Como observa AMARTYA SEN (*The Idea of Justice*, 2009, trad. *A ideia de Justiça*, Coimbra, 2010, pág. 504), se a viabilidade fosse uma condição necessária para que as pessoas tivessem qualquer tipo de direitos, então não seriam apenas os direitos económicos e sociais, mas sim todos os direitos – e mesmo os direitos de liberdade – a terem de ser vistos como um contra-senso, pois é inviável que se chegue a garantir a vida e a liberdade de todos contra quaisquer transgressões.

III

7. Hoje, no início do século XXI e de um novo milénio, o panorama político-constitucional é, de novo, de grande instabilidade, incerteza e múltiplas contradições.

Já não existem, desapareceram ou entraram em queda irreversível quase todos os regimes totalitários e autoritários e o constitucionalismo de matriz ocidental, identificado agora com a democracia representativa e pluralista e com o Estado de Direito dir-se-ia prevalecer. Todavia, não se denotam poucas as deficiências e indefinições que ostenta (ligadas ao funcionamento dos sistemas eleitorais e de partidos e às dependências dos mecanismos financeiros e dos poderes económicos). Nem é pequena a sua falta de autenticidade em numerosos países.

O capitalismo financeiro transnacional tornou-se ator privilegiado no jogo político, económico e social. Apesar de estar ligado à crise desencadeada, em setembro de 2008, pela falência do banco Lehmann Brothers, tem vindo a adquirir crescente poder e contra os “mercados” pouco êxito têm todas as políticas públicas. Verificou-se aquilo que, com propriedade, MARIO TURCHETTI (*Tyrannie et tyrannicide de l'Antichité à*

nos jours, Paris, 2000, págs. 973 e segs.) designa por “economização do mundo”.

À escala de toda a Humanidade crescem a degradação da natureza e do meio ambiente, os movimentos de migração do Sul para o Norte, a multiplicação de conflitos regionais ou locais com ingerências ditas humanitárias (ditadas, por vezes, por objetivos estratégicos), os fundamentalismos religiosos, as tensões étnicas, os obstáculos ao interculturalismo, a erosão de valores éticos familiares e políticos, a corrupção endémica, enfim surtos de terrorismo maciço.

Estamos muito longe da sociedade solidária (a que apelam o art. 1º da Constituição portuguesa e o art. 3º da Constituição brasileira). E, mesmo nos países aparentemente mais estabilizados, as pessoas defrontam-se com aquilo que se vem denominando *sociedade de risco*. Através do sistema jurídico, o Estado havia-se tornado o principal garante da confiança em massa de que necessitava a sociedade moderna. Mas a dimensão, sem precedentes, do risco e do perigo, desgastou, diz BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS (*A crítica da razão indolente – contra o desperdício da experiência*, I, Porto, 2000, págs. 165 e 169), a credibilidade dessa confiança.

Não se chegou, pois, ao “fim da história” – muito longe disso; apenas se chegou ao fim de certa época ou a um momento de transição, com todas as virtualidades que, apesar de tudo, pode conter. E até um Autor como FRANCIS FUKUYAMA (*The end of history and the last man*, 1992, trad. portuguesa *O fim da história e o último homem*, Lisboa, 1992, págs. 324 e 325; e ainda págs. 303, 310 e segs. e 320-321), que fala numa “história direcional e universal rumo à democracia liberal”, reconhece que, ainda que a maioria das carruagens da caravana da história chegue eventualmente ao seu destino, não sabemos se os seus ocupantes, ao olharem em redor, não julgarão inadequadas as novas circunstâncias e “resolverão dar início a uma nova e mais distante viagem”.

8. Muito em especial, tornou-se na Europa um lugar-comum declarar a existência de uma crise ou rutura do Estado social ou mesmo em Estado pós-social (por exemplo, VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em busco do acto administrativo perdido*, Lisboa, 1995, págs. 122 e segs., ou JOSÉ CASALTA NABAIS e SUZANA TAVARES DA SILVA, *O Estado pós-moderno e a figura dos tributos*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 3965, Novembro-Dezembro de 2010, pág. 88). E, por certo, do Reino

Unido a Portugal, da França à Suécia, em moldes não sem semelhança, ele enfrenta quer dificuldades quer ataques sem paralelo.

Tem que se reconhecer que contribuíram para a situação fatores de ordem interna:

– As demandas excessivas de grupos sociais, com a criação de uma cultura de subsidiodependência frente ao Estado e, como escrevia JOSÉ GREGORIO PECES-BARBA em 1995 (*Ética, Poder y Derecho – Reflexiones ante el fin del siglo*, pág. 38), gerando uma patologia de direitos ou uma ampliação de prestações tão egoístas como a provocada pela mentalidade privada da sociedade organizada segundo a lei da oferta e da procura;

– As duplicações de estruturas organizativas, os desperdícios e as gestões incompetentes, inadequadas ou corruptas;

– O facilitismo do crédito bancário.

Isto a par:

– Da baixa da natalidade e envelhecimento das populações, tornando problemática a subsistência, a prazo, dos serviços sociais;

– Da proliferação das tendências corporativas desagregadoras da coesão social.

Assim como ressaltam as causas externas:

– O mercado global, com penetração de produtos vindos de países com mão de obra barata e desprovida de proteção social, e levando a deslocalização de empresas para esses países;

– A concorrência desleal entre Estados no domínio do sistema tributário;

– O capitalismo financeiro transnacional, já referido, os *off shores* ou “paraísos fiscais” e a especulação bolsista;

– Ao domínio das correntes neoliberais, exigindo a desregulação de setores básicos da economia e privatizações sem freio;

– Ao desaparecimento ou apagamento dos partidos democratas-cristãos;

– A crise de identidade dos partidos social-democratas, socialistas e trabalhistas;

– À perda de influência dos sindicatos.

9. Os anos de 2010 e 2011 marcam o auge da crise, agravada pelo endividamento das famílias e pelo endividamento público dos Estados Unidos e de grande parte dos países europeus, juntamente com a recessão e, noutras partes do mundo, com o sobre-aquecimento da economia.

Resta saber até onde os remédios trazidos pelo Fundo Monetário Internacional e pelo Banco Central Europeu – cortes orçamentais, aumento dos impostos, liberalização dos contratos de trabalho, aumento das taxas e tarifas dos serviços públicos – atingem a economia real e se, por isso – por previsível diminuição das receitas tributárias – não vão acarretar o arrastamento da crise por mais e mais tempo conforme vêm alertando PAUL KRUGMAN e outros importantes economistas.

No entanto, também resta saber se medidas de linha keynesiana ou na esteira do *New Deal* de Roosevelt poderiam constituir alternativa satisfatória em anos bem diferentes da dos anos 30 do século passado.

De todo o modo, vão avultando os efeitos sociais da crise: aumento do desemprego e da precariedade do trabalho, ausência de expectativas da juventude, em vez de prestações sociais universais programas de cunho assistencialista, crescimento da criminalidade. Tal como se vão afetando os mecanismos de democracia representativa, compelidos a consignar os ditames dos organismos financeiros internacionais.

10. A despeito de tudo, apenas franjas neoliberais radicais defendem, pura e simplesmente, o fim do Estado social. Compreende-se porquê: porque ele se revelou elemento pacificador, integrador e propulsor de crescimento económico e a sua supressão desencadearia instabilidade e conflitualidade; porque ele se encontra radicado na consciência jurídica geral onde quer que se tenha implantado; e porque, assim, em democracia representativa, não se vislumbra como o eleitorado tal pudesse aceitar.

Aquilo a que se assiste, em vários países europeus, entre os quais Portugal, é a uma espécie de *estado de necessidade económico-financeira* (paralelo, diz-se, ao estado de sítio) que determina larga redução de prestações sociais ou, noutros termos restrição ou suspensão de certas incumbências do Estado, embora não de direitos sociais em si

mesmos (não se pode suspender, por exemplo, o direito à proteção da saúde ou o direito ao ensino). Mas não falta quem tema que se acabe por cair na desconstrução ou, pelo menos, na quebra da sua qualidade (ao passo que no Brasil, felizmente, se assiste a uma caminhada segura na construção do Estado social).

11. Em contrapartida, uma postura de imobilismo ou de cristalização não tanto do adquirido quanto da forma como está adquirido mostrar-se-ia muito negativa e contraproducente. Em face das deficiências internas apontadas justificam-se medidas corretivas e adaptações, desde a desburocratização à coordenação de serviços sociais com as autoridades independentes reguladoras das atividades económicas à luz de um princípio de eficiência; e desde a racionalização dos tipos de prestações ao aproveitamento concertado dos meios públicos e dos meios e potencialidades de grupos existentes na sociedade civil (como as instituições particulares de solidariedade social do art. 63º, nº 5 da Constituição portuguesa), pois o Estado, se deve ter o primado, não deve ter o exclusivo da efetivação dos direitos sociais.

Não apenas isto. A reforma e a revitalização do Estado social passam pela democracia *participativa*, requisito da democracia inclusiva (democracia participativa que não é o mesmo que a democracia semidireta através do referendo). Passam pela participação dos cidadãos e dos grupos de cidadãos na definição das políticas públicas setoriais e na gestão e no controlo dos serviços que diretamente os afetam. Eis o que a Constituição portuguesa prevê na seara dos direitos dos trabalhadores [arts. 54º, nº 5, alíneas *d*) e *e*) e 56º, nº 2, alíneas *b*) e *p*)], dos direitos dos consumidores (art. 60º, nº 3), da segurança social (art. 63º, nº 2), do serviço nacional de saúde (art. 64º, nº 4), do planeamento urbanístico (art. 65º, nº 6), da proteção das famílias [art. 67º, nº 2, alínea *g*)], da política de juventude (art. 70º, nº 3), dos direitos à educação e à cultura (arts. 73º, nº 3, 77º e 78º, nº 2). Eis o que a Constituição brasileira prescreve acerca dos direitos dos trabalhadores (art. 10º), da seguridade social (art. 194º, § único), da saúde (art. 198º-III), da assistência social (art. 204º-II). Tudo reside então em querer conferir efetividade às normas constitucionais.

12. A este propósito, GOMES CANOTILHO [*A governança do terceiro capitalismo*

e a Constituição social (Considerações preambulares), in *Entre Discursos e Cultura Jurídica*, obra coletiva, Coimbra, 2006] alvitra uma reinvenção do Estado social, com cooperação e comunicação entre os atores sociais mais importantes e os interesses políticos organizados, levando a um Estado cooperativo (pág. 149), não sem salientar que a garantia dos direitos sociais pressupõe uma articulação do Direito com a economia progressivamente neutralizada pela expressão do mercado global (pág. 146).

Por outra parte, JOÃO CARLOS LOUREIRO (*Adeus ao Estado social?*, Coimbra, 2010, págs. 40 e segs.), sublinha que tempos difíceis não significam o fim do Estado social; e que uma esperança sustentável – razoável na formulação de DANIEL INNERATY – é tarefa de todos, um “plebiscito de todos os dias”, exigindo uma “esperança democrática”.

E, mais à frente, diz: “A falência de uma compreensão obesa do Estado social – o Estado-providência – que se traduziu numa «colonização do mundo da vida» e em mecanismos de desresponsabilização das pessoas, não deve ser lida como sinónimo de *requiem* pelo Estado social. (...) Este, calejado pela maturidade do tempo, não escapa ao pós da circunstância: não ao da sua superação, mas ao do alargamento do campo de adjetivação (...) e, a par da responsabilidade de prestação, afirma-se uma responsabilidade de garantia” (págs. 108-109).

IV

13. Voltando ao núcleo ineliminável de toda esta problemática – os direitos sociais.

Sobre eles importa frisar, necessariamente em breve síntese:

1º) Como os direitos de liberdade, os direitos sociais fundam-se na dignidade da pessoa humana (art. 1º da Declaração Universal, art. 1º da Constituição portuguesa, art. 1º-III da Constituição brasileira).

2º) Os direitos sociais são direitos universais, são direitos de todos os membros de comunidade política; não são só direitos das classes trabalhadoras (como terão sido

no início e como pretende o pensamento marxista), nem tão pouco direitos dos pobres ou dos carentes (como seriam numa linha neoliberal de um Estado mínimo) e, como de certo modo sugere VIEIRA DE ANDRADE (*Algumas reflexões sobre os direitos fundamentais, três décadas depois*, in *Anuário Português de Direito Constitucional*, 2006, pág. 139).

3º) São direitos universais, ainda que alguns atribuídos em razão de categoria de pessoas (as crianças, os jovens, as pessoas portadoras de deficiência, os idosos) ou em razão de situações especiais (as grávidas, os privados de família normal, os toxicodependentes, os deslocados) – porquanto todos que pertençam a essas categorias ou se achem nessas situações deles devem beneficiar.

4º) São direitos universais, sem que isto implique necessária gratuidade universal das prestações; longe disso, gratuidade universal não tem cabimento senão quanto a prestações correspondentes a bens jurídicos essenciais e universais.

5º) São direitos universais, embora muito dificilmente seja possível efetivar todos, simultaneamente, com toda a mesma intensidade.

6º) São direito universais, no presente e possuem outrossim uma dimensão transgeracional e de futuro (para recorrer ao título do livro de JUAREZ FREITAS – *Sustentabilidade – Direito ao Futuro*, Belo Horizonte, 2011) direitos através dos quais se manifesta a solidariedade entre gerações a que também aludem tanto a Constituição brasileira (art. 223º) quanto a portuguesa (art. 66º).

7º) Apesar de não constarem dos elencos dos arts. 288º da Constituição portuguesa e 60º, § 4º da Constituição brasileira, os direitos sociais devem considerar-se, à luz dos respetivos sistemas, limites materiais de revisão constitucional, cláusulas pétreas.

14. Os direitos fundamentais sociais são também, como não poderia deixar de ser, suscetíveis de tutela através dos tribunais, conquanto em moldes bem mais circunscritos do que os direitos de liberdade.

Como escreve SÉRVULO CORREIA, “o âmbito da pronúncia jurisdicional encontra-se limitado pela reserva de conformação política do legislador, não cumprindo ao julgador extrair directamente dos enunciados constitucionais conteúdos justiciáveis;

o juiz possui no entanto competência excepcional para, julgando segundo a equidade, corrigir os efeitos mais nocivos da inacção do legislador, ou seja, as situações de necessidade excepciona ou de injustiça extrema possibilitadas pela inacção legislativa, condenando as entidades públicas com atribuições na matéria em prestações de conteúdo mínimo susceptíveis – à luz das circunstâncias do caso concreto – de reparar ofensas intoleráveis à dignidade da pessoa humana”¹.

Mas importa lembrar JORGE REIS NOVAIS (*Direitos Sociais*, Coimbra, 2010, pág. 27), alertando que “o desvio forçado de verbas não negligenciáveis para atender às imposições judiciais concretas pode pôr em causa e forçar mesmo a inflexões significativas ou retrocesso na política de saúde globalmente programada em direção a uma melhoria das condições de setores mais desfavorecidos. Quem, na prática, beneficia das estratégias maximalistas de realização dos direitos sociais no plano jurídico não é a grande massa dos excluídos, a que não vem ao sistema, não recorre aos tribunais, porque não tem condições para tanto”.

15. A transparência dos procedimentos legislativos, a eficácia da Administração, o célere funcionamento das instituições judiciárias, a real responsabilidade do Estado e dos seus agentes – política, financeira, civil e criminal e a contenção das pulsões corporativistas mostram-se indispensáveis para a cabal efetivação dos direitos sociais. Todavia, são os condicionalismos económicos e económico-financeiros os que mais avultam e o Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais liga a progressiva efetivação dos direitos aos recursos disponíveis – ao “máximo de recursos disponíveis” (art. 2.º, n.º 1).

Fala-se aqui no ajustamento do socialmente desejável ao economicamente possível (JEAN RIVERO, *Les droits de l’homme, catégorie juridique?*, in *Perspectivas del Derecho Publico en la segunda mitad del siglo XX*, obra coletiva, III, pág. 32), na subordinação da efetividade concreta a uma *reserva do possível* (GOMES CANOTILHO,

¹*Interrelação entre os regimes constitucionais dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais e o sistema constitucional de autonomia do legislador e de separação e interdependência de poderes*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando Marques Guedes*, obra coletiva (coord. de Jorge Miranda), Coimbra, 2004, pág. 970.

Constituição dirigente e vinculação do legislador, Coimbra, 1982, pág. 365; INGO WOLFGANG SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 10^a ed., Porto Alegre, 2009, págs. 284 e segs.), na reserva financeira do possível ou do financiamento possível (PAULO GILBERTO COGO LEIVAS, *Teoria dos direitos fundamentais sociais*, Porto Alegre, 2006, págs. 99 e segs.; JORGE REIS NOVAIS, *Direitos sociais*, Coimbra, 2010, págs. 87 e segs.), num princípio de sustentabilidade (JOÃO CARLOS LOUREIRO, *Adeus ...*, cit., págs. 128 e segs. e 261 e segs.) ou no caráter de direitos *quantitativos*, como *direitos de medida* (CRISTINA QUEIROZ, *Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2010, pág. 305).

A apreciação dos fatores económicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação dos direitos cabe aos órgãos políticos e legislativos – não aos da Administração nem aos tribunais. Não corresponde a uma simples operação hermenêutica, mas a um confronto complexo das normas com a realidade circundante.

De resto, sendo abundantes as normas e escassos os recursos, dessa apreciação poderá resultar a conveniência de estabelecer diferentes tempos, graus e modos de efetivação dos direitos. Se nem todos os direitos económicos, sociais e culturais puderem ser tornados plenamente operativos em certo momento ou para todas as pessoas, então haverá que determinar com que prioridade e em que medida o deverão ser. O contrário redundaria na inutilização dos comandos constitucionais: querer fazer tudo ao mesmo tempo e nada conseguir fazer.

Seja como for, o conteúdo essencial de todos os direitos deverá sempre ser assegurado, e só o que estiver para além dele poderá deixar ou não de o ser em função do juízo que o legislador vier a emitir sobre a sua maior ou menor relevância dentro do sistema constitucional e sobre as suas condições de efetivação.

16. Não posso deixar de aludir ao tema da proibição do retrocesso social.

Sobre ele, a doutrina portuguesa – como a de outros países – acha-se fortemente dividida entre os Autores que a afirmam (GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, DAVID DUARTE, CRISTINA QUEIROZ), os que negam (MANUEL AFONSO VAZ, JORGE REIS NOVAIS, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO) e os que, apesar de a negar, acolhem um

qualquer princípio de salvaguarda de um grau maior ou menor de concretização legislativa das normas de direitos sociais (JOÃO CAUPERS, VASCO PEREIRA DA SILVA, RUI MEDEIROS, VIEIRA DE ANDRADE, TIAGO DE FREITAS, PAULO OTERO). E no Brasil parece próximo deste último entendimento INGO SARLET. Sobre tudo isto, pode ver-se o vol. IV do meu *Manual de Direito Constitucional*, 4ª ed., Coimbra, 2008, págs. 435 e segs.

Quanto à jurisprudência do Tribunal Constitucional português, nela regista-se uma evolução assinalável.

O acórdão n.º 39/84 (sobre o serviço nacional de saúde) orientou-se perentoriamente na linha do princípio da proibição do retrocesso social: “Em grande medida, os direitos sociais traduzem-se para o Estado em obrigação de *fazer*, sobretudo de criar certas instituições públicas. Enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem; mas após terem sido criadas, a Constituição passa a proteger a sua *existência*, como se já existissem à data da Constituição. As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a *não aboli-los* uma vez criados.

“Quer isto dizer que a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) num obrigação *positiva*, para se transformar (ou passar também a ser) numa obrigação *negativa*. O Estado, que estava obrigado a *atuar* para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a *abster-se* de atentar contra a realização dada ao direito social”.

Contudo, em sucessivos arestos, o Tribunal foi suavizando o seu enfoque do problema e adotando formulações mais moderadas. O acórdão n.º 509/2002 (sobre rendimento social de inserção) é o que melhor traduz essa inflexão, por aduzir que: 1.º) onde a Constituição contenha uma *ordem de legislar*, suficientemente precisa e concreta, de tal sorte que seja possível determinar com segurança as medidas jurídicas necessárias para lhe conferir exequibilidade, a margem de liberdade do legislador para *retroceder* no grau de proteção atingido é necessariamente mínimo, já que só o poderia fazer na estrita medida em que a alteração legislativa pretendida não viesse a

consequenciar uma *inconstitucionalidade por omissão*; 2.º) noutras circunstâncias porém, a *proibição de retrocesso social* apenas pode funcionar em casos-limite, uma vez que, desde logo, o *princípio da alternância democrática*, inculca a revisibilidade das opções político-legislativas, ainda quando estas assumam o caráter de opções legislativas fundamentais.

17. Por mim, penso que, quando as normas legais vêm concretizar normas constitucionais não exequíveis por si mesmas, não fica apenas cumprido o dever de legislar como o legislador fica adstrito a não as suprimir, abrindo ou reabrindo uma omissão. Assim o exige a própria força normativa da Constituição.

Não se visa com isso revestir as normas legais concretizadoras da força jurídica própria das normas constitucionais ou elevar os direitos derivados a prestações a garantias constitucionais. Essas normas continuam modificáveis como quaisquer outras normas ordinárias, sujeitas a controlo da constitucionalidade e passíveis de caducidade em caso de revisão constitucional (sem prejuízo de limites materiais). Nem sequer vêm a prevalecer sobre outras normas ordinárias; como tais, nenhuma consistência específica adquirem.

O que se pretende é, na vigência de certas normas constitucionais, impedir a abrogação pura e simples das normas legais que com elas formam uma unidade de sistema. O legislador, de acordo com os critérios provenientes do eleitorado, pode adotar outros modos e conteúdos de concretização. Nada obriga, por exemplo, a que o serviço nacional de saúde (art. 64.º) ou o sistema de ensino (arts. 74.º, 75.º e 76.º) tenham de obedecer sempre aos mesmos paradigmas: podem ser, ora mais centralizados ora mais descentralizados, ora mais socializantes ora mais liberalizantes. O que não pode é o legislador deixar de prever e organizar tal serviço e tal sistema.

Porém, porque os direitos sociais estão sujeitos à reserva do possível, as respetivas normas concretizadoras têm de ser entendidas nestes termos:

1.º) Quando se verificarem condições económicas favoráveis, essas normas devem ser interpretadas e aplicadas de modo a de delas se extrair o máximo de satisfação das necessidades sociais e a realização de todas as prestações;

2.º) Ao invés, não se deparando tais condições – em especial por causa de

recessão ou de crise financeira – as prestações têm de ser adequadas ao nível de sustentabilidade existente, com eventual redução dos seus beneficiários ou dos seus montantes;

3.º) Situações de escassez de recursos ou de exceção constitucional podem provocar a suspensão destas ou daquelas normas – não a das normas constitucionais atributivas dos direitos a que se reportam (insisto), mas elas hão-de retomar a sua efetividade, a curto ou a médio prazo, logo que restabelecida a normalidade da vida coletiva.

Há uma relação necessária constante entre a realidade constitucional e o estágio de efetividade das normas, entre a capacidade do Estado e da sociedade e os direitos derivados a prestações, entre os bens económicos disponíveis e os bens jurídicos deles inseparáveis. Por isso, deve concluir-se: 1º) *Somente é obrigatório o que seja possível;* 2º) *mas tudo quanto seja possível torna-se obrigatório.*

18. Uma última palavra acerca do problema de saber como devem ser encaradas e suportadas as despesas inerentes à satisfação das necessidades coletivas. Aqui deparam-se três orientações bastante demarcadas:

a) A do Estado *mínimo*, que tende a atribuir todos ou quase todos esses encargos aos indivíduos ou a grupos privados;

b) A do Estado *marxista*, que tende, pelo contrário, a confiá-los ao Estado;

c) E a do Estado *social*, que aceita assumir os custos de satisfação de necessidades básicas, embora não os das demais necessidades a não ser na medida do indispensável para assegurar aos que não possam pagar as prestações os mesmos direitos a que têm acesso aqueles que as podem pagar.

Se, obviamente, as Constituições portuguesa e brasileira rejeitam o Estado mínimo (em face da soma de tarefas e incumbências que atribuem às entidades públicas, à luz do desígnio de “uma sociedade mais solidária”), muito menos se compadecem com o Estado marxista. De resto, no caso português, duas normas relevantíssimas tomam em conta os meios económicos ou as condições económicas dos cidadãos: as normas sobre o acesso à Justiça (art. 20º, nº 1) e sobre o serviço nacional de saúde [art.

64º, nº 2, alínea c), após 1989].

19. Sem dúvida, recai sobre o Estado assegurar, por meio de impostos, a assistência materno-infantil, os cuidados de saúde (ou, pelo menos os cuidados primários), o ensino básico e o secundário obrigatórios, o apoio no desemprego, a integração dos deficientes e dos marginalizados, o auxílio material às vítimas de crimes e de calamidades naturais, etc. A essencialidade dos bens ou a universalidade justificam-no.

Por outro lado, quanto às restantes necessidades – ou porque não afetam identicamente todos os cidadãos, ou porque não revestem para todos o mesmo significado ou porque dependem de circunstâncias nem sempre previsíveis – pode justificar-se uma partilha dos custos da sua satisfação (até porque se verifica uma partilha de benefícios). O Estado deve pagar uma parte, os próprios outra parte e até onde possam pagar.

Os que podem pagar, devem pagar. E é preferível que paguem em parte (até certo limite do custo real) o serviço ou o bem, diretamente, por meio de taxas, e não indiretamente, mediante impostos, por três motivos: 1) porque assim tomam consciência do seu significado económico e social e das consequências de aproveitarem ou não os benefícios ou alcançarem ou não os resultados advenientes; 2) porque, em muitos casos, podem escolher entre serviços ou bens em alternativa; 3) porque mais de perto podem controlar a utilização do seu dinheiro e evitar ou atenuar o peso do aparelho burocrático.

Diversamente, *os que não podem pagar, não devem pagar* (ou devem receber prestações pecuniárias – bolsas, pensões, subsídio de desemprego – para poderem pagar).

Mas a fronteira entre necessidades básicas e outras necessidades não é nunca rígida, nem definitiva. Depende dos estágios de desenvolvimento económico, social e cultural e da situação do país. E é também o sufrágio universal que, em cada momento, a traça, através das políticas públicas prosseguidas pelos órgãos por ele legitimados. Tudo em qualquer caso, insista-se, no respeito da dignidade de cada uma e de todas as pessoas humanas.