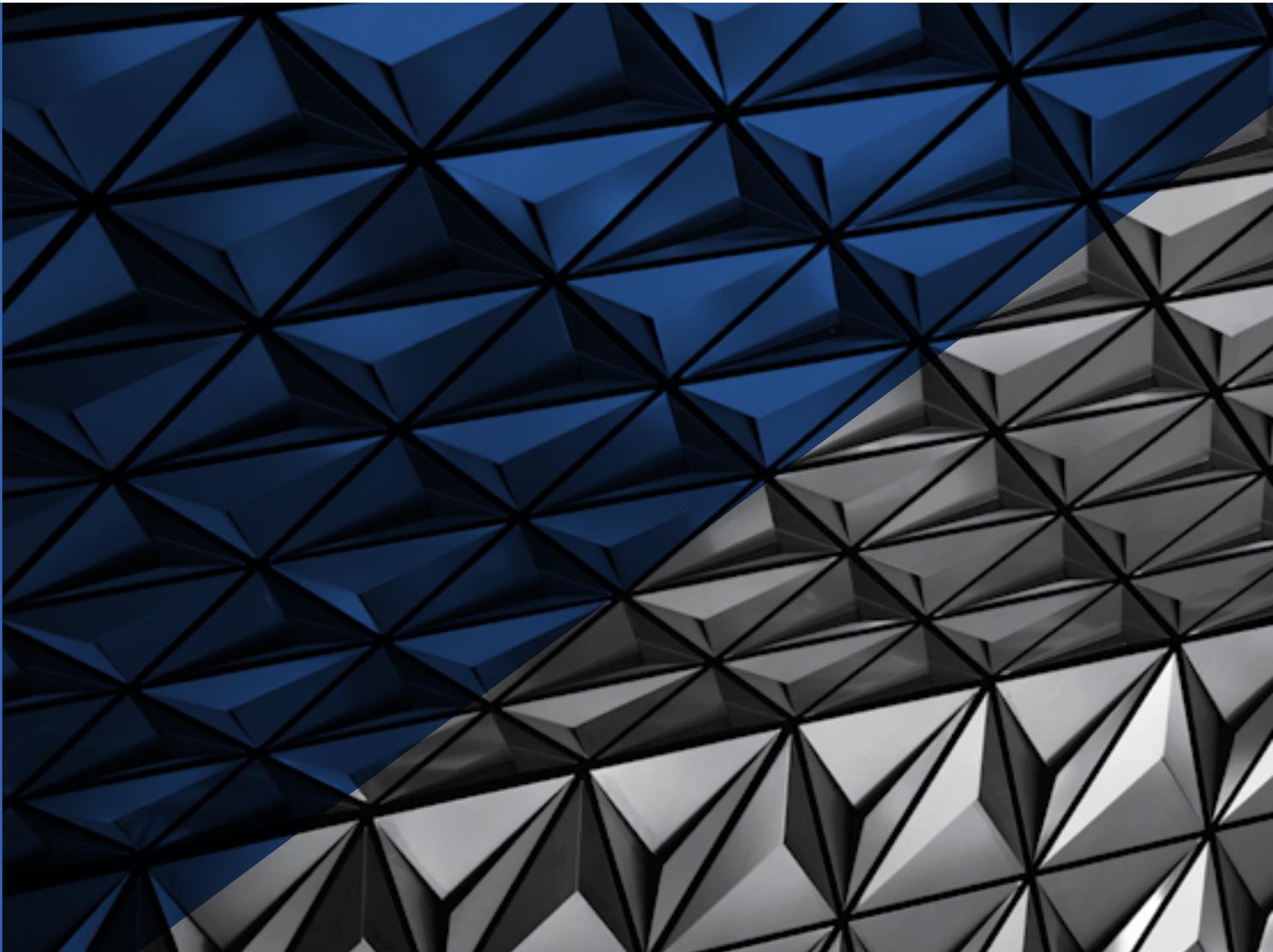

A INDIVISIBILIDADE DOS DIREITOS DO HOMEM À LUZ DA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL

José Melo Alexandrinoo



A INDIVISIBILIDADE DOS DIREITOS DO HOMEM
À LUZ DA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL*

PROMETEU

Ofereço-te uma de duas narrativas.
Ésquilo, *Prometeu Agrilhado*, v. 778

INTRODUÇÃO

Muito diversamente do que sucede com a ideia, plausível, de interdependência (um outro nome de *complexidade*), o princípio da indivisibilidade dos direitos do homem parece corresponder àquele lote de paradigmas não demonstrados (*themata obsessionnels*)¹ em que muitas vezes repousam as construções científicas.

E embora se trate, por assim dizer, de uma situação natural, por ser comum a outros domínios do saber, devo juntar a esse primeiro dado a existência de uma pré-compreensão de partida, já expressa noutros lugares², moderadamente desfavorável à relevância *jurídica* de um princípio da indivisibilidade.

Constato, em segundo lugar, que a ideia de indivisibilidade dos direitos do homem é, ela própria, *postulada* ou então recusada, mais do que justificada juridicamente – circunstância a que não é alheio o facto de a mesma ter sido reconhecida não em textos

¹* O presente estudo teve a sua origem numa comunicação apresentada em Outubro de 2010 ao atelier n.º 10 (*A indivisibilidade dos direitos do homem*), no VIII Congresso Mundial da Associação Internacional de Direito Constitucional, que teve lugar na Cidade do México, entre 6 e 10 de Dezembro de 2010 (versão francesa disponível [aqui](#)), e foi destinado e publicado originalmente nos *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. 3, Coimbra, 2012, pp. 15-37 (também disponível em José Melo Alexandrino, *O discurso dos direitos*, 2.ª ed., Lisboa, 2024, pp. 147-166).

Edgar Morin, *Science avec conscience*, nouvelle édition, Paris, PUF, 1990, p. 173.

² Nomeadamente quando defendi que a aceitabilidade da ideia de indivisibilidade depende de um conjunto de condições, nomeadamente duas: “a que supõe a diferenciação a estabelecer entre necessidades, meios e fins e a que releva da reflexão da limitação específica inerente aos direitos humanos sociais, quando não pressuponham uma (cada vez mais complexa e improvável) intervenção multidimensional” (cfr. José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*, vol. II – *A construção dogmática*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 231, nota 966).

jurídicos, mas sim em declarações e preâmbulos³, aí residindo em grande medida a explicação para a falta de clareza sobre o sentido e sobre o alcance jurídico da fórmula, bem como para o habitual uso retórico da mesma⁴.

Dispensando deliberadamente proceder a uma avaliação do princípio da indivisibilidade no plano jusinternacional⁵, pretendo aqui iluminar essa ideia através do duplo prisma (1) da observação dos rumos seguidos pela jurisprudência constitucional de três países de “Constituição com direitos sociais” e (2) da exposição de um modelo de grande profundidade teórica, apresentado recentemente pelo constitucionalista português Jorge Reis Novais⁶, que pretende justamente comprovar a viabilidade de uma dogmática unitária dos direitos sociais e dos direitos de liberdade.

³ Entre as primeiras, a referência continua a ser a dos textos produzidos pelas duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos, a de Teerão, em 1968, e a Declaração e Programa de Acção de Viena de 1993 (particularmente o seu n.º 5); entre os preâmbulos, onde não se conta nenhum dos principais tratados universais ou regionais de direitos humanos, o destaque vai hoje para o do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, adoptado em 10 de Dezembro de 2008, texto acessível em <http://www2.ohchr.org/english/law/docs/A.RES.63.117_en.pdf>.

⁴ Respondendo à avaliação dos resultados, Scott Leckie, «Another Step Towards Indivisibility: Identifying the Key Features of Violations of Economic, Social and Cultural Rights», in *Human Rights Quarterly*, 20, 1 (1998), pp. 81-124; criticamente quanto à divisão em duas categorias e quanto às opções canadianas nesse domínio, William A. Schabas, «Freedom from Want: How can we Make Indivisibility more than a Mere Slogan?», in *National Journal of Constitutional Law*, 11 (2000), pp. 187-209; com uma contestação radical da ideia, mesmo do ponto de vista tático, Paul Löwenthal, «Ambiguïtés des droits de l’homme», in *Droits Fondamentaux*, n.º 7 (Jan. 2008 – Déc. 2009), acessível em <www.droits-fondamentaux.org>, em 10 OUT 2010, pp. 16-17; procurando justificar a tese da indivisibilidade a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Ida Elisabeth Koch, *Human rights as indivisible rights: the protection of socio-economic demands under the European Convention on Human Rights*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009; na doutrina brasileira, notando a divisibilidade na ordem da *praxis*, Emerson Garcia, *Protecção internacional dos direitos humanos – Breves reflexões sobre os sistemas convencional e não convencional*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, pp. 46 ss.; na doutrina portuguesa, como exemplo do padrão de evocação retórica, Ana Maria Guerra Martins, *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 85, 109.

⁵ Ainda assim, sem outro juízo que não o resultante da observação liminar dos textos, são múltiplos os *sinais adversos à plausibilidade jurídica da ideia de indivisibilidade* que se colhem da leitura dos principais tratados de direitos humanos: (i) não poder negar-se a existência de hierarquizações entre os direitos humanos, dada a existência de direitos derogáveis e direitos inderrogáveis (artigo 4.º, n.º 2, do PIDCP e artigo 30.º da Carta Social Europeia) e até de direitos elementares (artigo 11.º, n.º 2, do PIDESC); (ii) ser expressamente admitida a diferente medida de garantia objectiva das normas de direitos sociais, nos países em vias de desenvolvimento (artigo 2.º, n.º 3, do PIDESC); (iii) ser manifesta a relatividade das obrigações assumidas no domínio dos direitos económicos, sociais e culturais (artigo 20.º, n.º 1, da Carta Social Europeia), quando comparada com a imediaticidade das obrigações assumidas em matéria de direitos civis e políticos.

⁶ Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais – Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010; para uma recensão à obra, Amanda Costa Thomé Travincas, «Direitos Sociais – Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais», in *Direitos Fundamentais & Justiça* [Porto Alegre], ano 4, n.º 11 (Abr./Jun. 2010), pp. 203-213; para uma aplicação recente, Jorge Reis Novais, «Constituição e Serviço Nacional de Saúde», in *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 4, n.º 11 (Abr./Jun., 2010), pp. 85-109.

A escolha dos três países, Portugal, Brasil e África do Sul, representativos desde logo dos três sistemas regionais de protecção dos direitos do homem, justifica-se não só pelo conhecimento mais próximo e pelos distintos resultados a que neles se chega, mas por outras razões também: quanto ao primeiro, pelo paralelo com a situação do Direito internacional dos direitos do homem, no plano universal e regional, dada a similar opção pela divisão constitucional em duas categorias de direitos; quanto aos dois restantes, precisamente pela opção inversa da não divisão em duas categorias (dando-se por aí uma aproximação à ideia de indivisibilidade).

A escolha desse concreto modelo doutrinário justifica-se, por sua vez, pela densidade de tratamento do problema, dando sinal e homenageando dessa forma o contributo da doutrina portuguesa, e pelo facto de o autor ter pretendido traçar o equivalente, no plano da construção técnico-jurídica (ou dogmática)⁷ do Direito constitucional⁸, à doutrina da indivisibilidade, tendo analisado criticamente – em termos de merecer uma essencial adesão – praticamente todos os modelos teóricos alternativos⁹ até hoje apresentados¹⁰.

Fixando-nos portanto nas relações entre os direitos civis e políticos e os direitos económicos, sociais e culturais¹¹ (ou, por comodidade, direitos sociais), constituem interrogações fundamentais a colocar as seguintes: (i) a doutrina da indivisibilidade será compatível com os postulados de que parte a dogmática constitucional de referência? (ii) À luz desses desenvolvimentos teóricos e jurisprudenciais, haverá ainda um espaço

⁷ Com Robert Alexy, admitimos que a dogmática possa ser concebida como uma disciplina multidimensional que compreende três actividades: a que consiste em descrever o direito em vigor, a que o sujeita a uma análise conceptual e sistemática e a que elabora propostas sobre a solução adequada do problema jurídico (cfr. *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, p. 308), envolvendo funções de estabilização, desenvolvimento, redução de custo, técnica, controlo e heurística (*ibidem*, pp. 326 ss.).

⁸ Como contributo ligado à génese desta corrente doutrinária em Portugal, cfr. André Salgado de Matos, «O direito ao ensino – Contributo para uma dogmática unitária dos direitos fundamentais» (1998), in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, vol. III – *Direito Privado, Direito Público e Vária*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 395-470.

⁹ Julgamos ter faltado aí, como submodelo do *mínimo social*, a doutrina, inspirada na experiência italiana, dos “níveis essenciais das prestações” (*Lep*), que tem vindo a ser consistentemente defendida pelo Professor Gomes Canotilho (cfr. «“Bypass” social e o núcleo essencial de prestações sociais», in *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 243-268) e que oferece capacidade de resistência às críticas dirigidas às duas modalidades analisadas (cfr. Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais...*, pp. 194 ss., 199 ss.).

¹⁰ Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais...*, pp. 181-250.

¹¹ Afastando designadamente da análise a extensão da ideia de indivisibilidade aos direitos colectivos de solidariedade (a que também têm sido associados), aos quais serão todavia aplicáveis conclusões similares.

ou um sentido jurídico útil para a doutrina da indivisibilidade? (iii) Deverá o discurso dos direitos do homem continuar a dar ênfase a proclamações desse tipo ou, ao invés, deverá, também ele, dirigir-se para as exigências técnicas de realização efectiva dos direitos da pessoa humana? (iii) Ou deverá, em alternativa, enveredar por estratégias mais pragmáticas e eficazes, nomeadamente perante as exigências da *good governance*¹² no plano internacional?¹³

Antes de avançar, há no entanto uma questão prévia a enfrentar, que é a seguinte: tendo em consideração a diferente qualidade dos correspondentes textos, normas, direitos e mecanismos de protecção, poderá o Direito internacional dos direitos do homem *importar* ou inspirar-se directamente nas construções da ciência do Direito constitucional para definir um modelo de relevância jurídica dos direitos económicos, sociais e culturais?

1. UMA QUESTÃO PRÉVIA

A objecção metodológica é apresentada desta forma pelo autor cujo modelo se procurará expor e avaliar mais adiante: “[n]o domínio do Direito Internacional dos Direitos Humanos, onde o tema dos direitos sociais também ocupa lugar relevante, a separação entre direitos sociais como objectivos políticos e como garantias jurídicas é muito mais ténue e, eventualmente, mas não é o nosso problema, de realização impossível. De facto, em termos de responsabilidade internacional, o que aí está em causa é uma apreciação, sobretudo política, acerca da forma e do alcance com que determinado Estado está a cumprir as obrigações internacionais que assumiu relativamente à realização progressiva dos direitos sociais, ou seja, está em causa, no

¹² Sobre o sentido do conceito no Direito constitucional, J. J. Gomes Canotilho, «Constitucionalismo e geologia da *good governance*» (2002), in *Brançosos e Interconstitucionalidade – Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 327 [325-334].

¹³ Como, de certo modo, está subjacente aos objectivos de desenvolvimento do Milénio – vejam-se os oito objectivos quantificados no n.º 19 da “Declaração do Milénio” (texto acessível em <<http://www2.ohchr.org/english/law/millennium.htm>>), a qual todavia se abstém, judiciosamente, de alusões à indivisibilidade e da qual retiramos pelo menos duas ilações: (1.ª) essa Declaração reconhece a *prioridade política* do combate a um núcleo de males sociais; (2.ª) essa Declaração reconhece que, mesmo no seio dos direitos económicos, sociais e culturais, há dimensões que constituem um dever de *realização prioritária* em cuja realização a comunidade internacional se compromete, em termos de uma prestação de contas efectiva.

fundo, uma avaliação política, por parte de instâncias internacionais, de políticas públicas estaduais relativas a esse fim”¹⁴.

“Já no domínio do Direito Constitucional, a situação é qualitativamente distinta. Se é certo que também podemos ter uma avaliação jurídico-constitucional da razoabilidade ou da insuficiência de políticas públicas, designadamente quando aquilo que está em causa é a verificação de uma eventual inconstitucionalidade por omissão, há também, designadamente quando se trate da invocação de uma garantia constitucional individual contra o Estado, um problema ou um conflito jurídico pontual e concreto que o juiz tem de decidir *juridicamente*, baseado estritamente na aplicação das normas jurídicas aplicáveis ao caso e independentemente da avaliação que faça das políticas estaduais globais no domínio dos direitos sociais”¹⁵.

Ainda segundo o mesmo autor, “para além da comum referência à dignidade da pessoa humana e a um desejo universal de liberdade, [os direitos humanos] não podem ser amalgamados com os direitos fundamentais, tal como o Direito constitucional não pode ser confundido com o Direito internacional”¹⁶.

Aqui chegados, cumpre perguntar: deverá a necessidade dogmática de separar direitos fundamentais no plano do Direito constitucional dos direitos do homem no plano do Direito internacional¹⁷ chegar ao ponto de entender que qualquer tentativa de *exportar* a teoria dos direitos fundamentais para as relações internacionais “constituiria um rotundo fracasso”?¹⁸ Deverá essa necessidade levar à conclusão estrita de que “a realização dos direitos do homem tem de encontrar, no domínio das relações internacionais, um tipo de garantias e exigências diferentes, uma teorização particular, *standards* específicos, formas de garantia institucional apropriadas ao relacionamento pacífico entre culturas, realidades políticas e interesses estratégicos significativamente diferenciados”?¹⁹

¹⁴ Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais...*, p. 30.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Jorge Reis Novais, «Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares», in *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 83 [69-116].

¹⁷ José de Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais – Introdução geral*, Estoril, Principia, 2007, pp. 33 ss.

¹⁸ No sentido afirmativo, Jorge Reis Novais, «Os direitos fundamentais...», p. 82.

¹⁹ De novo, no sentido afirmativo, com outras indicações, Jorge Reis Novais, «Os direitos fundamentais...», pp. 82-83.

Independentemente de uma reiterada recusa do “fuzzismo”²⁰ (agora também ao nível mais vasto das relações entre estruturas particulares do Direito interno e as do Direito internacional), parece haver algumas provas da comunicabilidade entre os dois universos de conceitos, modelos e categorias jurídicas, designadamente as seguintes:

- (i) A crescente adopção pela doutrina e pela jurisprudência constitucionais da tripartição, oriunda do Direito internacional, dos deveres estaduais, em deveres de respeito, protecção e promoção²¹;
- (ii) A constatação de uma aprendizagem recíproca entre o Direito internacional dos direitos do homem e o Direito constitucional, claramente observável, por exemplo, na relação entre a evolução da jurisprudência constitucional sul-africana²² e o trabalho de densificação jurídica levado a cabo pelo Comité de Direitos Económicos, Sociais e Culturais da ONU (de que são exemplos o Comentário Geral n.º 7, de 1997, sobre desalojamentos forçados, ou mesmo o Comentário Geral n.º 15, de 2002, sobre o direito à água)²³;
- (iii) A circunstância de muitas Constituições, como sucede com as dos três países acima referidos²⁴, colocarem os catálogos e a aplicação das normas de direitos fundamentais sob a directa influência do Direito internacional dos direitos do homem²⁵.

²⁰ J. J. Gomes Canotilho, «Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais» (1998), in *Estudos sobre direitos fundamentais*, pp. 97-114.

²¹ Jorge Reis Novais, depois de reconhecer que essa tripartição de deveres é originária do Direito internacional (cfr. *Direitos Sociais...*, p. 42), não só a acolhe e desenvolve (*ibidem*, pp. 257 ss., 271 ss. e *passim*) como esteve disposto a trocar essa tripartição pela alternativa alemã da bipartição entre *função de defesa* e *função de prestação* (*ibidem*, p. 273, nota 299).

²² Mariette Brennan, «To adjudicate and enforce socio-economic rights: South Africa proves that domestic courts are a viable option», in *Law and Justice Journal*, vol. 9, n.º 1 (2009), acessível em http://www.law.qut.edu.au/ljj/editions/v9n1/pdf/South_African_Domestic_Courts_BRENNAN_Publish.pdf, em 06 OUT 2010, pp. 76 ss. [64-84]; Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais...*, pp. 210 ss.

²³ V. [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/959f71e476284596802564c3005d8d50?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/959f71e476284596802564c3005d8d50?OpenDocument) e <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/402/29/PDF/G0340229.pdf?OpenElement>.

²⁴ Vejam-se o artigo 16.º da Constituição portuguesa, o artigo 5.º, §§ 2.º e 3.º, da Constituição brasileira e a secção 39.º, subsecção 1, alínea b), da Constituição sul-africana.

²⁵ Veja-se, por último, o artigo 26.º, n.ºs 2 e 3, da nova Constituição angolana de 2010.

Estes e outros indícios, além da permanente abertura à interdisciplinaridade, imposta pela complexidade dos fenómenos a analisar²⁶, habilitam-nos seguramente a avançar na exploração das virtualidades da dogmática constitucional, para efeitos de uma aplicação possível em sede de teoria dos direitos humanos, afastando ou matizando por isso uma separação radical entre Direito internacional e Direito constitucional a esse nível²⁷.

2. RUMOS DA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL: PORTUGAL, BRASIL E ÁFRICA DO SUL

2.1. No contexto²⁸ de uma Constituição que optou pela “consagração acoplada de direitos sociais e de políticas públicas”²⁹, a jurisprudência do Tribunal Constitucional português em matéria de direitos sociais pode talvez ser sintetizada nas palavras contenção, diferenciação e perplexidade.

Contenção, na medida em que a mesma revela em geral uma clara condescendência relativamente às margens de opção política na efectivação dos direitos sociais³⁰: por um lado, porque, apelando às ideias de auto-revisibilidade, flexibilidade e ponderação holística, tem deixado praticamente à mercê do legislador a realização da dimensão principal desses direitos (mesmo relativamente ao núcleo de direitos fundamentais considerados básicos por apelo ao *standard* internacional)³¹; por outro, porque, salvo na intermitente utilização do parâmetro da proporcionalidade³², não soube retirar consequências jurídicas relevantes da dimensão negativa reconhecida a certos direitos sociais³³.

²⁶ José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*, vol. I – *Raízes e contexto*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 82 ss.

²⁷ Não faltam hoje estudos de comparação cruzada, bastando para o efeito folhear, por exemplo, a revista *I.CON, International Journal of Constitutional Law*.

²⁸ Para uma nota sobre o contexto e sobre o perfil dos ordenamentos aqui considerados, José de Melo Alexandrino, «Controlo jurisdicional das políticas públicas: regra ou excepção?», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, n.º VII (2010), n.º especial, pp. 152 ss. [147-169].

²⁹ Dando com isso origem a problemas constitucionais complexos, como tem reiteradamente defendido Gomes Canotilho (cfr. «Metodologia “fuzzy”...», pp. 112 ss.).

³⁰ Assim, Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais...*, p. 378, 380, 389; Jorge Miranda e José M. Alexandrino falam, por seu lado, numa jurisprudência inócua [cfr. Pierre Bon / Didier Maus (dir.), *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Paris, Dalloz, 2008, p. 341].

³¹ Para uma visão geral dessa jurisprudência, José M. Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, pp. 598 ss., 602 ss., 686; Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais...*, p. 377 ss.

³² Com indicações, Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais...*, pp. 392 ss.

³³ Jorge Miranda / José M. Alexandrino, in *Les grandes décisions...*, p. 341.

Diferenciação, na medida do favor concedido a um *núcleo restrito* de direitos sociais³⁴, mas também na medida do reconhecimento da *natureza análoga* (a direitos de liberdade) de certas dimensões dos direitos sociais³⁵ e da afirmação de um eventual conteúdo mínimo dos mesmos (além de reconhecer a presença de imposições precisas e determinadas, em certos direitos sociais)³⁶.

Perplexidade ainda³⁷, na medida em que, na decisão mais *marcante* de todas (o Acórdão n.º 509/2002, sobre o *rendimento social de inserção*)³⁸, o Tribunal Constitucional, em vez de ter procurado identificar (no decreto que retirava aos cidadãos entre 18 e 25 anos a possibilidade de acesso ao rendimento social) uma afectação ilegítima ao direito à segurança social³⁹, optou por considerar que a solução legislativa em causa atingia o “direito a um mínimo de existência condigna”: com isso, o Tribunal Constitucional acabou por “[colocar] entre parênteses os direitos económicos, sociais e culturais”, resumidos a “refracções sociais da dignidade da pessoa humana aferida pelos *standards* mínimos da existência”^{40 41}.

2.2. Diferente deste é o cenário brasileiro: estando aí ainda vivos os sonhos de uma *constituição dirigente*⁴², os tribunais têm sido também eles sensíveis ao pressuposto

³⁴ Há aí um equivalente pragmático da, discutível, opção feita no plano teórico por Jorge Reis Novais, ao isolar apenas seis direitos do vasto catálogo de direitos económicos, sociais e culturais (cfr. *Direitos Sociais...*, pp. 40-41).

³⁵ Por força do *marcante* artigo 17.º da Constituição (por todos, cfr. José M. Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, pp. 252 ss.; Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 302 ss.).

³⁶ José M. Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, p. 866.

³⁷ Também se fala, a esse propósito, em *resultado desolador*, em *fragilidade* e em *paradoxo* (respectivamente, cfr. J. J. Gomes Canotilho, «Direitos sociais e deslocação da socialidade», in *La Constitución portuguesa de 1976 – Un estudio académico treinta años después*, coord. de Javier Tajadura Tejada, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 82 [73-86]; José M. Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, p. 629; Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais...*, p. 395).

³⁸ Para uma síntese, com indicações, Jorge Miranda / José M. Alexandrino, in *Les grandes décisions...*, pp. 173 ss.

³⁹ Artigo 63.º, n.º 1, da Constituição de 1976.

⁴⁰ Gomes Canotilho, «Direitos sociais e deslocação da socialidade», p. 82.

⁴¹ Noutra perspectiva, inteiramente ajustada, chega-se ao seguinte paradoxo: “a Constituição portuguesa consagra um direito à segurança social na qualidade plena de direito fundamental, mas o Tribunal Constitucional não o reconhece nessa extensão; a Constituição portuguesa não consagra um direito fundamental a um mínimo de subsistência condigna, mas o Tribunal Constitucional conclui que ele vigora na nossa ordem jurídica, em toda a plenitude, na qualidade de direito negativo, mas também de direito positivo” (cfr. Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais...*, p. 395).

⁴² José M. Alexandrino, «Controlo jurisdicional...», p. 160.

ideológico, a uma argumentação política e à lógica do “quanto mais melhor”⁴³, o que conduziu a uma jurisprudência *maximalista*, de forte activismo judicial.

Esse maximalismo traduz-se, antes de mais, no reconhecimento ao poder judiciário da possibilidade de proferir decisões impositivas destinadas a assegurar a fruição de uma pretensão de direito social, mesmo num cenário de total omissão de medidas legislativas de concretização, estando pois o juiz autorizado a convolar normas de eficácia limitada “em normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, o que daria amparo a decisões condenatórias em face da entidade federativa omissa”⁴⁴; a esse traço fundamental⁴⁵, devem ainda juntar-se a abertura manifestada ao reconhecimento de um direito ao mínimo de existência⁴⁶, bem como a forma como são muitas vezes aplicados o princípio da dignidade da pessoa humana ou o direito à vida⁴⁷.

2.3. Na África do Sul – no contexto, agora, de uma *constituição transformativa*, onde, diferentemente dos dois ordenamentos anteriores, a consagração de direitos sociais não foi acompanhada da constitucionalização das políticas públicas⁴⁸ – , o Tribunal Constitucional cedo admitiu a possibilidade de escrutínio judicial da realização positiva dos direitos sociais, não tendo descartado, como em Portugal, a justiciabilidade dessa dimensão principal dos direitos sociais⁴⁹; por seu lado, apesar dos similares

⁴³ Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais...*, p. 25.

⁴⁴ Cfr. Elival da Silva Ramos, *Ativismo Judicial – Parâmetros dogmáticos*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 265.

⁴⁵ A que ainda mostra adesão um largo sector da doutrina [elucidativamente, cfr. Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 10.^a ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009, pp. 280 ss., 324 ss.].

⁴⁶ Por último, Eurico Bitencourt Neto, *O direito ao mínimo para uma existência digna*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, pp. 92, 96 ss.

⁴⁷ Em todo o caso, só nos anos mais recentes as consequências *ilegítimas e nefastas* dessa orientação começaram a ser objecto de verdadeira atenção: assim, entre outros, Mariana Filchtner Figueiredo, *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para a sua eficácia e efetividade*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007; com dados estatísticos comprovativos da desprotecção em que ficam os mais pobres, Virgílio Afonso da Silva / Fernanda Vargas Terrazas, *Claiming the Right to Health in Brazilian Courts: The Exclusion of the Already Excluded* (2009), disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1133620>>, em 10 OUT 2010; Elival da Silva Ramos, *Ativismo Judicial...*, pp. 267 ss.; César Caúla, *Dignidade da pessoa humana, elementos do Estado de Direito e exercício da jurisdição: o caso do fornecimento de medicamentos excepcionais no Brasil*, Salvador, JusPodivm, 2010, pp. 94 ss., 101 ss., 142 ss.; com indicações adicionais, Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais...*, p. 29, nota 7.

⁴⁸ Sobre a exemplaridade da forma de consagração dos direitos sociais na Constituição de 1996, José M. Alexandrino, «Controlo jurisdicional...», p. 162; Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais...*, p. 211, nota 237.

⁴⁹ Cass R. Sunstein, «Direitos sociais e económicos? Lições da África do Sul», in Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *Jurisdição e Direitos Fundamentais*, vol. I, tomo II, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, p. 16 [11-28]; Mariette Brennan, «To adjudicate and enforce...», pp. 76, 83.

constrangimentos políticos e sociais, tão-pouco se deixou cair, como no Brasil, “no simplismo de ordenar protecção para qualquer pessoa cujas necessidades socioeconómicas estejam em perigo”⁵⁰.

Mais ainda: tendo resistido à importação dos modelos do *mínimo social* e da *proibição do retrocesso*, apelando numa primeira fase a um *teste da racionalidade* (caso *Soobramoney*, de 1997), o Tribunal Constitucional sul-africano veio na última década (sobretudo a partir do famoso caso *Grootboom*)⁵¹ a desenvolver e a aperfeiçoar um novo parâmetro: o *modelo de razoabilidade*⁵²; além disso, o Tribunal trata diferenciadamente o controlo do respeito pelas dimensões negativas ou constitucionalmente determinadas dos direitos sociais (caso *TAC*); por último, mesmo os críticos não deixam de assinalar o contributo desta jurisprudência para “a implementação dos princípios críticos da transparência, da prestação de contas (*accountability*) e da participação”⁵³.

3. UM MODELO DE DOGMÁTICA UNITÁRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Perante a secundarização dos direitos sociais, o objectivo central da recente obra de Jorge Reis Novais foi o de proceder, no estrito plano jurídico⁵⁴, à *reabilitação dogmática dos direitos sociais como direitos fundamentais*⁵⁵, partindo para o efeito de duas teses básicas: (1.^a tese) a de que não há lugar para distinções puramente baseadas em classificações ou tipologias de direitos fundamentais, uma vez que nenhum direito fundamental pode ter mais ou menos protecção do que aquela que lhe é devida pelo seu valor constitucional; e (2.^a tese) a de que, embora haja lugar para diferenciações, as

⁵⁰ Cass R. Sunstein, «Direitos sociais...», p. 12.

⁵¹ Texto acessível em <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html>>, em 10 OUT 2010.

⁵² Para uma exposição e avaliação do modelo, Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais...*, p. 209-222.

⁵³ Dennis M. Davis, «Socioeconomic rights: Do they deliver the goods?», in *I.CON, International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, n.ºs 3 e 4 (2008), p. 710 [687-711].

⁵⁴ Afastando, por isso, quer o plano político, quer, por identidade de razões, o plano do Direito internacional (cfr. Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais...*, pp. 13 s., 23 ss., 38).

⁵⁵ Objectivo secundário foi o de tentar aplicar aos direitos sociais a metáfora dos direitos fundamentais concebidos como *trunfos contra a maioria* (cfr. Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais...*, pp. 16, 319 ss.), ainda que admitindo, logo à partida, a especificidade da relação entre a maioria política e o bem-estar, quando comparada com o “correspondente relacionamento potencialmente conflitual entre maioria política e liberdade” (*ibidem*, p. 16).

mesmas não decorrem de qualquer distinção ou contraposição, mas sim de outros factores de diferenciação⁵⁶ que influenciam a realização prática dos vários direitos⁵⁷.

Segundo ao autor, são três os principais *factores de diferenciação* do tratamento técnico-jurídico dos direitos fundamentais: em primeiro lugar, “o factor densidade normativa constitucional, isto é, o problema da natureza de *prima facie* ou definitiva, de *regra* ou de *princípio*, do conteúdo da norma de garantia do direito fundamental”; em segundo lugar, “a natureza do dever estatal associado à faculdade, pretensão ou direito particular em causa na situação concreta”⁵⁸; em terceiro lugar, a distinção entre direito positivo e direito negativo⁵⁹.

Por seu lado, há ainda algumas observações de carácter geral, por assim dizer, prévias ao conceito de direito social: uma prende-se ao reconhecimento de que a consagração de um direito social tem sempre um *sentido directamente político*⁶⁰ (sendo por isso natural o cunho político ou a impregnação política da defesa dos direitos sociais)⁶¹; a segunda parte do reconhecimento de que o problema jurídico-constitucional dos direitos sociais é uma *questão de separação de poderes*⁶², que se pode resumir desta forma: uma vez reconhecidos como direitos fundamentais, importa saber a quem compete fixar o efeito ou alcance definitivo desses direitos⁶³; uma terceira observação prende-se enfim com a necessidade de ter em conta uma *distinção capital*: a distinção entre direitos fundamentais sociais como um todo (cuja invocação nunca é feita na prática) e as faculdades concretas que decorrem de uma norma de direito fundamental social (com que sempre nos deparamos)⁶⁴.

A designação dada pelo autor a este novo modelo parece ser a de “modelo geral de teoria das restrições aos direitos fundamentais com consideração das reservas que afectam especificamente os direitos sociais”⁶⁵.

⁵⁶ Ou, como também escreve, “de outras características ou vicissitudes” (*ibidem*, p. 15).

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 9-10.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 15.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 15.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 20.

⁶¹ *Ibidem*, p. 23.

⁶² *Ibidem*, p. 33.

⁶³ *Ibidem*, p. 33.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 34.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 239.

Quanto à explanação subsequente, a mesma estará cingida (1) à *caracterização conceptual* dos direitos sociais, (2) à exposição sumária das *componentes nucleares* desse novo modelo doutrinário, bem como (3) ao arrolamento dos principais *efeitos jurídicos* desenvolvidos pelos direitos sociais⁶⁶.

3.1. Os direitos sociais⁶⁷ apresentam duas características comuns e decisivas: “(i) o respectivo objecto de protecção respeita ao acesso individual a bens de natureza económica, social e cultural absolutamente indispensáveis a uma vida digna, mas (ii) com a particularidade de se tratar de bens escassos, *custosos*, a que os indivíduos só conseguem aceder se dispuserem, eles próprios, por si ou pelas instituições em que se integrem, de suficientes recursos financeiros ou se obtiverem ajuda ou as correspondentes prestações da parte do Estado”⁶⁸.

A clarificação deste conceito – complementada, em termos a que não poderemos dar a devida atenção⁶⁹, pela resposta a uma série de objecções⁷⁰ – envolve depois uma chamada de atenção para um conjunto de seis elementos técnico-jurídicos⁷¹:

1. *Antes de mais*, na definição de direito social pressupõe-se o domínio da distinção entre norma e enunciado, bem como da distinção entre dimensão objectiva e dimensão subjectiva; quanto à primeira, cabe à doutrina e à jurisprudência extrair o sentido normativo de cada enunciado; quanto à segunda, não há dúvida de que nos direitos sociais se dá uma primazia lógico-jurídica da dimensão objectiva;
2. Em *segundo lugar*, quando se qualifica um direito como social, “estamos a considerar a dimensão principal do direito ou o direito a título principal”⁷²;

⁶⁶ Centrados então no capítulo IV da obra em questão (cfr. *Direitos Sociais...*, pp. 251-318), sem necessidade de descer à teorização da ideia de *trunfos* (*ibidem*, pp. 319-331).

⁶⁷ Sendo que o autor, alegando serem esses os que têm suscitado dúvidas e debate (*ibidem*, p. 41), se cinge a um *corpus* nuclear de seis direitos: o direito ao mínimo de existência, o direito à saúde, o direito à habitação, o direito à segurança social, o direito ao trabalho e o direito ao ensino (*ibidem*, pp. 40-41).

⁶⁸ *Ibidem*, p. 41.

⁶⁹ Para uma síntese, Amanda Travincas, «Direitos Sociais...», pp. 206 ss.

⁷⁰ Contestando aí o autor as três pretensas características naturais dos direitos sociais, a saber: “a) o facto de os direitos sociais valerem sob reserva do (financeiramente) possível; b) o facto de os direitos sociais apresentarem uma estrutura de direitos positivos; e c) a indeterminabilidade do conteúdo constitucional dos direitos sociais” (*ibidem*, p. 87).

⁷¹ *Ibidem*, pp. 45-64.

⁷² *Ibidem*, p. 50, com outra indicação.

3. Em *terceiro lugar*, tal como sucede com os direitos de liberdade, também os direitos sociais são “direitos exclusiva ou primacialmente dirigidos contra o Estado”⁷³, mesmo perante ameaças vindas de terceiros ou mesmo quando, eventualmente, a norma constitucional coloque os particulares a custear directamente um direito social (como sucede, por exemplo, com a garantia de um salário mínimo)⁷⁴;
4. Em *quarto lugar*, os direitos sociais envolvem um requisito essencial, que é o seguinte: “o Estado tem de dispor e poder dispor dos correspondentes recursos financeiros objectivamente exigidos para a realização destes direitos”⁷⁵, de onde decorre a consequência lógica de que, numa situação de escassez moderada de recursos, “a realização dos direitos sociais envolve uma definição de prioridades, de opções políticas, acerca da canalização dos recursos disponíveis, mas pressupõe também, ainda, os necessários gradualismo e flexibilidade de realização”⁷⁶;
5. Em *quinto lugar*, embora correspondam a situações muito diferenciadas, há também prestações normativas que podem ser objecto dos direitos sociais (como é o caso do já referido direito a um salário mínimo);
6. Em *sexto lugar*, nos direitos sociais como um todo tanto se encontram direitos face ao Estado a um *facere* como a um *non facere*: nesse plano, os direitos sociais envolvem também “direitos ou deveres de o Estado não interferir ou não afectar negativamente o acesso já garantido, subjectivado ou não, a tais bens”⁷⁷.

3.2. Nas palavras do autor, “[s]er um direito fundamental significa, em Estado constitucional de Direito, ter uma importância, dignidade e força constitucionalmente reconhecidas que, no domínio das relações gerais entre o Estado e o indivíduo, elevam o bem, a posição ou a situação por ele tutelada à qualidade de limite jurídico-constitucional à actuação dos poderes públicos”⁷⁸.

⁷³ *Ibidem*, p. 54.

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 57, 61.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 59.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 59.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 63.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 250.

Por isso, em Constituições que resolveram esse problema, o que há a discutir são as consequências dogmáticas desse reconhecimento⁷⁹, sabendo à partida que os direitos sociais, na sua dimensão principal, estão sujeitos “a uma reserva do financeiramente possível com repercussões significativas no domínio da separação de poderes e, logo, das margens de decisão e de apreciação que, pese embora a natureza jusfundamental dos direitos sociais, cabem ao legislador democrático e ao poder judicial”⁸⁰; mas também sem deixar de notar a “comunhão ou conjunção de características” que se verifica nos direitos de liberdade e nos direitos sociais nas várias funções de defesa, protecção e prestação e nos correspondentes deveres estatais de respeitar, proteger e promover⁸¹; e ainda que a classificação feita pela doutrina tradicional só faz sentido quando se concebem os direitos como um todo, quando “na realidade quotidiana, os direitos fundamentais nunca ou raramente são aplicáveis como um todo”⁸².

Partindo então da fórmula de Hans Jarass, segundo a qual “*uma dogmática de direitos fundamentais deve ser tão simples quanto possível e tão complicada quanto necessário*”⁸³, o autor começa por afirmar que não há metodologias, padrões de controlo e princípios constitucionais utilizáveis nos direitos de liberdade que não sejam susceptíveis de aplicação, nos mesmos moldes, aos direitos sociais; mas, por outro lado, reconhece também que no mundo dos direitos fundamentais “há muitas diferenças”, não só quando se considera o direito como um todo, mas também quando se tem em conta cada um dos deveres específicos – no primeiro caso, a dogmática é *simples*, no segundo, tem de se *complicar*.

Ora, como já anteriormente referira, “há três grandes diferenças no mundo dos direitos fundamentais, atinentes (i) à opção normativa do legislador constituinte, (ii) à natureza do dever estatal correlativo, conforme ele está associado ao respeito, à protecção ou à promoção do direito fundamental, e (iii) à estrutura negativa ou positiva do direito fundamental”⁸⁴. E essas são “as diferenciações que há que ter em conta, que são dogmaticamente decisivas, já que é em função da respectiva presença, e não de uma abstracta integração num direito de liberdade ou num direito social, que mudam os

⁷⁹ *Ibidem*, p. 253.

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 253-254.

⁸¹ *Ibidem*, p. 264.

⁸² *Ibidem*, p. 265.

⁸³ *Ibidem*, p. 267, com a correspondente indicação.

⁸⁴ *Ibidem*, pp. 268-269.

graus de vinculatividade jurídica, os padrões de controlo constitucional, as margens respectivas que devem ser reconhecidas ao poder público democrático ou ao poder judicial”⁸⁵. Daí que a dogmática de direitos fundamentais possa “ser tão simples que permita tratar conjuntamente os dois grandes tipos de direitos, de liberdade e sociais”, e deva “ser tão complicada que permita atender àquilo que deve ser distinguido”⁸⁶.

3.2.1. Relativamente ao primeiro factor de diferenciação, havendo na Constituição normas de densidade muito diferente, quando o intérprete se depara com um comando normativo preciso (com uma *regra*), então, independentemente do tipo de direito, “a vinculatividade jurídica que resulta da norma constitucional é plena, a norma é directamente aplicável e o controlo judicial sobre a respectiva aplicação é total”⁸⁷; já quando assim não é, a aplicação da norma, mesmo que *self-executing*, “depende de ponderações de caso concreto, orientadas tanto quanto possível por prévias decisões do legislador ordinário, sujeitas a um controlo judicial mais atenuado ou complexo”⁸⁸.

3.2.2. Quanto ao segundo factor de diferenciação, *a diferente natureza dos deveres estatais* assume uma importância central, pelo facto de “dizer respeito e evidenciar aquilo que está na base das diferentes margens de decisão e controlo que cabem aos diferentes ramos do poder público”, dando o autor para o efeito o exemplo de três distintas situações, consideradas no âmbito da liberdade religiosa como um todo: a proibição do uso de símbolos religiosos nas escolas; a criminalização de sátiras anti-religiosas; e o pagamento pelo Estado do ensino da religião nas escolas públicas⁸⁹.

A variação da margem de decisão de que o juiz dispõe “deve-se exclusivamente à diferente natureza do dever estadual que está em causa em cada uma daquelas três situações e às diferentes reservas a que, em cada uma delas, está sujeito o direito fundamental ou o correlativo dever estatal”⁹⁰: relativamente aos deveres de respeito, o juiz dispõe de uma margem total de apreciação (proibição de símbolos religiosos); relativamente aos deveres de protecção (a criminalização de um comportamento), por

⁸⁵ *Ibidem*, p. 269.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 269.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 270.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 271.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 272.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 273.

não haver um único meio de proteger, os mesmos estão sujeitos a uma *reserva do politicamente adequado ou oportuno*, só controlável pelo juiz quando houver um conteúdo suficientemente determinado ou quando houver lesão do direito por violação do princípio da proibição do défice⁹¹; por fim, nos deveres estatais de promoção, que constituem a dimensão principal dos direitos sociais, vigora, além de uma reserva imanente de ponderação e da reserva do politicamente adequado ou oportuno, a *reserva do financeiramente possível*, que constitui um condicionamento real, uma limitação intrínseca do conteúdo de certos direitos fundamentais⁹².

Ora, esta última reserva tem o efeito de atenuar “significativamente as possibilidades de controlo judicial das acções e, sobretudo, das omissões que o poder público justifique com base em tal condicionamento”⁹³, daí que a sujeição intrínseca da dimensão principal dos direitos sociais à reserva do possível acarrete “a falta de determinabilidade do respectivo conteúdo normativo”, com “as consequentes não aplicabilidade directa das correspondentes normas e redução da margem de controlo judicial da actuação do legislador”⁹⁴. Contudo, como logo acrescenta o autor, “essa indeterminabilidade de conteúdo dos direitos sociais é superada através da actividade conformadora e densificadora do próprio legislador ordinário”⁹⁵.

3.2.3. Quanto ao terceiro factor de diferenciação, por um lado, tratando-se de direitos negativos (e há, de facto, uma dimensão negativa nos direitos sociais que não está dependente da reserva do financeiramente possível), toda a efectividade dos direitos fundamentais se garante através de um padrão de controlo da constitucionalidade das restrições⁹⁶; já na generalidade dos direitos positivos associados aos deveres estatais de protecção e de promoção, por diversas razões, “não é facilmente aplicável o padrão de controlo típico das restrições aos direitos fundamentais”⁹⁷; por sua vez, “no âmbito do controlo da inconstitucionalidade das omissões, mesmo quando o poder judicial é competente para declarar a existência de omissão inconstitucional, já carece de aptidão,

⁹¹ *Ibidem*, p. 277.

⁹² *Ibidem*, pp. 278-279 (já no mesmo sentido, *ibidem*, pp. 72, 89 ss., 91).

⁹³ *Ibidem*, p. 279.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 281.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 282.

⁹⁶ *Ibidem*, pp. 289 ss.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 293.

competência e legitimidade para impor aos poderes públicos a realização *da* medida considerada adequada para suprir tal omissão e, muito menos, substituí-los nessa actuação”⁹⁸.

Concluindo neste ponto: “há uma diferença sensível e inevitável no confronto entre direitos negativos e direitos positivos que exige um tratamento dogmático diferenciado para cada um deles e que resulta num controlo judicial mais atenuado e complexo no caso da afectação/não realização dos direitos positivos quando comparado com os mecanismos já dogmaticamente estabilizados e desenvolvidos de controlo das restrições aos direitos negativos”⁹⁹.

3.3. Finalmente, quanto à *relevância jurídica dos direitos sociais*, ou seja, quanto aos efeitos jurídicos desenvolvidos pelos direitos sociais, os mesmos são sucessivamente analisados consoante respeitem à dimensão positiva ou negativa dos direitos sociais, sendo desde logo identificadas três zonas de absoluta identidade de tratamento entre direitos de liberdade e direitos sociais (que são as seguintes: nos casos em que a norma constitucional fixe *deveres estatais definitivos*, nos casos de *deveres estatais de respeito do acesso individual a bens a que os particulares acederam através de recursos próprios* e nos casos dos *deveres estatais de protecção*)¹⁰⁰.

Deixando aqui de lado os efeitos respeitantes à dimensão negativa dos direitos sociais¹⁰¹, centremo-nos em breves tópicos nos direitos sociais *enquanto direitos positivos*¹⁰²:

- (i) Na sua dimensão positiva e no âmbito dos deveres estatais de promoção (ou seja, na *dimensão principal* dos direitos sociais), os direitos sociais apresentam dificuldades de vinculatividade jurídica, por causa da indeterminabilidade do respectivo conteúdo, pela multiplicidade de meios para atingir o fim visado e pela consequente sujeição dos correspondentes

⁹⁸ *Ibidem*, p. 297.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 301.

¹⁰⁰ *Ibidem*, pp. 302-303.

¹⁰¹ Não só perante a inerente complexidade de situações, mas também pelas reservas que essa teorização nos suscita (embora admitindo, em todo o caso, a aplicabilidade dos princípios da proibição do excesso e da “proibição de reposição de omissões inconstitucionais”).

¹⁰² *Ibidem*, pp. 311 ss.

deveres estatais à reserva do politicamente adequado e oportuno, neste caso particularmente reforçada pela reserva do financeiramente possível¹⁰³;

- (ii) Consequências directas do peso acrescido dessas reservas são o aumento das margens de decisão política e a “reflexa diminuição significativa das possibilidades de controlo judicial”¹⁰⁴, sem prejuízo da possibilidade de um recurso subsidiário aos chamados *guardas de flanco* dos direitos sociais (os princípios da igualdade, da proibição do excesso e da protecção da confiança)¹⁰⁵;
- (iii) Há no entanto a possibilidade de construção de um princípio de *proibição do défice* neste domínio (“princípio da proibição da prestação insuficiente”), cujo alcance jurídico, em atenção à presença de duas lógicas distintas, se subdivide em dois subprincípios: (1) o princípio da realização do *mínimo*; e (2) o princípio da razoabilidade¹⁰⁶;
- (iv) Por um lado, há um nível mínimo de condições fácticas que têm de ser asseguradas, “no sentido da garantia daquelas condições de sobrevivência sem as quais o indivíduo é incapaz de verdadeira autodeterminação”; e, ainda que o mesmo possa ser relativizado e variável, a realização deste mínimo não fica dependente de razões de separação de poderes, devendo a respectiva afectação ser tratada como verdadeira restrição¹⁰⁷;
- (v) Por outro lado, o controlo de razoabilidade situa-se não no plano do conteúdo do direito (pois agora a situação é de omissão), mas sim no da avaliação das consequências da não-realização do direito social na esfera dos afectados, devendo então comparar-se essas consequências com um quadro alternativo (com outra *constelação* possível)¹⁰⁸ de consequências constitucionalmente comportáveis e razoáveis¹⁰⁹.

¹⁰³ *Ibidem*, pp. 304-305.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 305.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 306.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 307.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pp. 308, 312, 314.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 311.

¹⁰⁹ *Ibidem*, pp. 310-311.

4. IDEM: UMA AVALIAÇÃO PRELIMINAR DO MODELO

Não é este seguramente o lugar para proceder a uma análise estruturada de semelhante modelo doutrinário, por razões óbvias. Limitamo-nos a tecer algumas considerações gerais a respeito, sempre na perspectiva do problema da indivisibilidade dos direitos do homem.

Há, a meu ver, dois planos extra-jurídicos que marcam também a especificidade dos direitos sociais: a montante, as dimensões histórica, filosófica e político-constitucional; a jusante, toda a série de condições de realização desse tipo de direitos, na medida em que não bastam para o efeito nem a democracia, nem o primado do Direito, nem a existência de leis ou de opções políticas; é necessária também a produção de riqueza e, muitas vezes ainda, uma intervenção multidimensional.

Em segundo lugar, num pano de fundo da *diferenciação*, um modelo abrangente de explicação da relevância jurídica dos direitos sociais, fundamentais ou humanos, não poderá deixar de integrar os seguintes três factores: (i) a *importância* (moral, social e jurídica) e a *prioridade* (histórica, política e sistémica) da garantia do objecto principal dos direitos de liberdade e da gravidade dos correspondentes deveres de respeito e protecção; (ii) os diferentes *limites* aos direitos fundamentais (considerando os diferentes condicionamentos e reservas de que vêm acompanhados); (iii) as *afecções* de que são passíveis os direitos fundamentais (uma vez que, por exemplo, os direitos sociais na sua dimensão principal não são passíveis de “restrição”, mas já são passíveis de violação e também da “não-realização”)¹¹⁰.

Neste contexto, relativamente à primeira tese (a *de que não há distinções puramente baseadas em classificações ou tipologias de direitos*), julgo tratar-se apenas de uma diferente narrativa: por um lado, para quem pretenda relevar os dados históricos, filosóficos e políticos, concentrando-se na dimensão principal dos direitos, é natural que veja grande utilidade na distinção entre direitos de liberdade e direitos sociais¹¹¹, por ela

¹¹⁰ Para uma sistematização de um quadro de afecções aplicável aos direitos de liberdade, José M. Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, pp. 105 ss.

¹¹¹ Sempre foi essa a minha perspectiva (cfr. *A estruturação do sistema...*, I, pp. 39 ss.).

se ajustar ao sentido desses dados¹¹²; quem, pelo contrário, opte por se concentrar em aspectos essencialmente analíticos, não tem nenhuma necessidade dessa distinção¹¹³.

Relativamente à segunda tese, não poderíamos concordar mais com a vontade de diferenciação¹¹⁴: a começar pela distinção capital entre direitos fundamentais como um todo (*situações compreensivas*) e direitos fundamentais analiticamente considerados¹¹⁵, são inteiramente pertinentes e devidas todas as sucessivas diferenciações identificadas pelo autor.

Em quinto lugar, merece destaque particular a caracterização do conceito de direito social, feita através de seis complexos pontos de apoio, que se traduzem afinal em outras tantas especificidades desses direitos, a mais reiterada das quais a identificação do seu conteúdo principal¹¹⁶.

Por último, há sem dúvida – agora – uma suficiente conjunção de características que permite falar de uma “dogmática unitária”. Mas podemos perguntar: de que depende uma dogmática unitária? E a resposta é simples: depende apenas da capacidade de os juristas analisarem unitariamente os diversos fenómenos. Mas então há aí também uma regra a reter: *quanto mais abrangente for o campo dos fenómenos a analisar, mais distinções e diferenciações terão de ser consideradas no interior dessa dogmática unitária*.

CONCLUSÃO

Respondendo a cada uma das interrogações inicialmente formuladas, pode afirmar-se que a ideia de indivisibilidade dos direitos do homem se revela *difícilmente compatível* com as complexas e sucessivas exigências, nomeadamente ao nível das

¹¹² José M. Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, pp. 103 ss., 189 ss., 212 ss., 241 ss.

¹¹³ No entanto, Jorge Reis Novais, na sua obra maior, não deixou de qualificar aquela distinção geral como *essencial* (cfr. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 40), *decisiva* (*ibidem*, p. 132), *marcante* (*ibidem*, p. 145) – também aí, uma questão de narrativa.

¹¹⁴ Sobre a “máxima da diferenciação”, José M. Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, p. 717.

¹¹⁵ José M. Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, pp. 23 ss.

¹¹⁶ Com uma rara insistência nessa nota, cfr. Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais...*, pp. 16, 23, 43, 45, 50, 51 ss., 64, 97, 100, 101, 107, 110, 114, 135, 151, 153, 173, 262, 278, 280, 281, 304, 325, 327, 343 ss., 375, 377.

múltiplas diferenciações a estabelecer, que se colocam à realização dos direitos da pessoa humana, seja no plano interno, seja no plano internacional.

Ainda assim, sobra algum *espaço* para a ideia de indivisibilidade: desde logo, o espaço moral, político e social em que se jogam identicamente os direitos do homem; depois, também o espaço de acção desses direitos quando entendidos como situações compreensivas.

Em terceiro lugar, se tiver utilidade a observação da evolução registada no âmbito do Direito constitucional (concentrado como está no afinamento de sucessivas categorias jurídicas), parece evidente que o Direito internacional dos direitos do homem tem tudo a ganhar com a aprendizagem, a interiorização e *aplicação de modelos técnico-jurídicos similares*, que permitam fundamentar racionalmente (e não apenas retoricamente) a realização jurídica dos direitos do homem.

Por fim, quando delas se esperem consequências jurídicas relevantes, são *erróneas e ilusórias* as concepções que reclamem uma “importância igual” para todos os direitos do homem, (1) não só por eludirem a diferente gravidade dos males a combater e a diferente urgência das necessidades a atender, (2) como por atingirem a ordem de prioridades determinadas no plano moral e decididas no plano político, (3) como ainda por se furtarem à correspondente responsabilização pelos resultados obtidos.

José Melo Alexandrino
