

# LUZES E SOMBRAS SOBRE A CONCEPÇÃO TRADICIONAL DA DISTINÇÃO ENTRE DIREITOS DE LIBERDADE E DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA

Mariana de Alvim Pinto<sup>\*</sup>

Sumário: 1. Introdução. 2. Abordagem histórica das opções constituintes do período Pós-Revolucionário em Portugal que justificaram um regime jurídico-constitucional de proteção privilegiada dos direitos de liberdade sobre o conjunto dos direitos fundamentais, incluindo também aqui os direitos sociais. 2.1 Momento Pós-25 de abril de 1974. 2.2 Fontes do Sistema Constitucional Português. 2.2.1 Comparação dos Projetos de Constituição apresentados em 1975. 2.2.2 Os Trabalhos na Assembleia Constituinte. 2.3 Síntese. 3. A estruturação do sistema de direitos fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976. 4. Luzes e sombras sobre a concepção tradicional da distinção entre direitos de liberdade e direitos sociais na Constituição da República Portuguesa. 4.1 Vários critérios como fundamento da distinção entre direitos de liberdade e direitos sociais. 4.1.1 Luzes sobre a concepção tradicional da diferente determinabilidade do conteúdo constitucional dos direitos de liberdade e dos direitos sociais. 4.1.2 Sombras sobre a concepção tradicional da determinabilidade do conteúdo constitucional dos direitos de liberdade. 4.1.3 A reserva do financeiramente possível como fator sensível e específico da

---

\* Licenciatura Plena em Educação Artística: Habilitação em Artes Cênicas/1998 pela Universidade Federal de Uberlândia MG. Bacharel em Direito/2005 pelo Instituto de Ensino Superior COC - Ribeirão Preto SP. (Pós-Graduação *Lato Sensu* MBA em Direito Empresarial/2007 pelo Instituto de Ensino Superior COC - Ribeirão Preto SP. Mestra em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

distinção no domínio da determinabilidade do conteúdo dos dois tipos de direitos. 4.1.4 O problema dos direitos sociais a prestações derivados da lei enquanto direitos integrantes do direito fundamental social. 5. Considerações Finais. 6. Bibliografia

## 1. INTRODUÇÃO



presente artigo tem por objetivo abordar os argumentos favoráveis e os contrários ao entendimento tradicional que faz a distinção entre os direitos, liberdades e garantias (DLG) ou simplesmente direitos de liberdade, e os direitos econômicos, sociais e culturais (DESC) ou apenas direitos sociais, na Constituição da República Portuguesa (CRP). Esta abordagem visa analisar em que medida existem diferenças substanciais de natureza ou de estrutura entre esses dois tipos de direitos fundamentais que justifiquem um regime jurídico de proteção privilegiada apenas aos direitos de liberdade e aos direitos análogos a estes, além de abordar as implicações possíveis, por parte dos tribunais, das diferentes densidades de controle sobre os deveres estatais de defesa, proteção e promoção de acordo com as respectivas reservas que afetam a realização desses direitos.

As duas principais problemáticas que surgiram no decorrer do nosso estudo foram: *i*) qual é o critério jurídico que permite distinguir os direitos análogos aos direitos de liberdade dos restantes direitos constantes da parte dos direitos sociais para fundamentar a aplicabilidade do regime de proteção privilegiada e *ii*) o problema dos direitos a prestações derivados da lei enquanto direitos integrantes dos direitos sociais.

Iniciaremos, assim, este artigo fazendo uma abordagem histórica das opções constituintes do período Pós-Revolucionário em Portugal que justificaram um regime jurídi-

co de proteção privilegiada dos direitos de liberdade sobre os direitos sociais, refletindo sobre o momento Pós-25 de abril de 1974, passando pelas fontes do Sistema Constitucional português de 1976, comparando os Projetos de Constituição e analisando os trabalhos realizados na Assembleia Constituinte (AC) durante os anos de 1975 - 1976.

Logo em seguida veremos como ficou sistematizado os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa e os problemas que surgiram desta sistematização antes e após a revisão constitucional de 1982.

No tópico central do artigo, iremos analisar os quatro principais critérios ou “*traços típicos*” utilizados pelas correntes absolutizadoras e relativizadoras da contraposição dos dois tipos de direitos fundamentais, onde apontaremos os argumentos favoráveis e os argumentos contrários à tradicional distinção que servem para justificar (ou não) a aplicação de um regime jurídico específico aos direitos de liberdade.

Finalmente, faremos nossas considerações, apontando um “método alternativo”, analisado por Canotilho, que nos parece ser uma proposta capaz de assegurar a efetividade da disciplina constitucional ao nível das prestações sociais.

## 2. ABORDAGEM HISTÓRICA DAS OPÇÕES CONSTITUINTES DO PERÍODO PÓS-REVOLUCIONÁRIO EM PORTUGAL QUE JUSTIFICARAM UM REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO PRIVILEGIADA DOS DIREITOS DE LIBERDADE SOBRE O CONJUNTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, INCLUINDO TAMBÉM AQUI OS DIREITOS SOCIAIS

### 2.1. MOMENTO PÓS-25 DE ABRIL DE 1974

Dos conturbados tempos do pós-25 de abril de 1974, que teve como resultado uma tutela político-militar, o Movi-

mento das Forças Armadas (MFA), liderando a revolução, pôs termo ao regime político autoritário da época, destituindo das suas funções o Presidente da República, exonerando os membros do Governo, e dissolvendo a Assembleia Nacional e o Conselho de Estado.

As primeiras eleições livres para a Assembleia Constituinte ocorreram em 25 de abril de 1975 após a assinatura do Pacto I (ou primeira Plataforma de Acordo Constitucional) entre o MFA e os partidos políticos no dia 13 do mesmo mês<sup>1</sup>. O Partido Socialista saiu vitorioso. Dos 250 deputados constituintes, o Partido Socialista (P.S.) juntamente com o Partido Popular Democrático (P.P.D.) e o Centro Democrático Social (C.D.S.) detinham um total de 214 deputados e defendiam a implantação de uma Democracia constitucional de cariz semi-presidencialista. Já o Partido Comunista Português (P.C.P.), o Movimento Democrático Português – Comissão Democrática Eleitoral (M.D.P./C.D.E.) e a União Democrática Popular (U.D.P.) detinham em conjunto apenas 36 deputados constituintes que visavam à implantação de uma República popular.

Em 2 de julho de 1975 houve a abertura solene dos trabalhos da AC. Do dia 25 de julho a 21 de outubro a AC discutiu, votou e aprovou os preceitos constitucionais relativos aos

---

<sup>1</sup> É conhecida a imposição, por parte do poder político-militar, da primeira Plataforma de Acordo Constitucional, assinada entre o MFA e os principais Partidos. Nesse sentido, RAPOSO, Mário, Sobre o direito e a liberdade, in “ROA”, 37, Janeiro-Abril, 1977, p. 70, *apud* MOREIRA, Isabel, *A Solução dos Direitos, Liberdades e Garantias e dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais na Constituição Portuguesa*, livro correspondente ao texto da Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas na FDUL, Almedina, 2007, p. 47, nota 73, diz que “a conquista da democracia pela Revolução mostrou-se ‘tragicamente ilusória’ até Novembro de 1975. O processo de deterioração, antes de atingir o ponto paroxístico, deu lugar à fixação, *manu militari*, do que se chamou a via original para o socialismo. A resultante da Plataforma Constitucional Partidos-MFA, assinada em desespero de causa duas semanas antes da realização, já diferida, das eleições para a Assembleia Constituinte, foi o aniquilamento da expressão da vontade popular (...).” Com o mesmo entendimento, CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Coimbra, Almedina, 2003, p. 202.

direitos fundamentais. No dia 25 de novembro do mesmo ano houve a tentativa de um contra golpe dos setores mais radicais da esquerda mas o “Grupo dos Nove”<sup>2</sup> e seus aliados controlaram a situação.

O Pacto II (ou a segunda Plataforma de Acordo Constitucional) entre o MFA e os Partidos ocorreu no dia 26 de fevereiro de 1976 e como havia sido prometido pelos militares, o poder político seria devolvido aos partidos, daí a importância da assinatura do Pacto II para a concretização desse desígnio. Assinaram-no, além dos representantes dos militares, todos aqueles partidos políticos com representação na Assembleia Constituinte: P.S., P.P.D., C.D.S., P.C.P., M.D.P./C.D.E. e U.D.P.

Em 2 de abril de 1976 foi promulgada e aprovada a Constituição da República Portuguesa ( CRP ). A Assembleia Constituinte foi dissolvida no mesmo dia. Aproximavam-se dois atos eleitorais de extrema relevância: as primeiras eleições para a Assembleia da República, em 25 de abril de 1976, e a primeira eleição do Presidente da República, em 27 de junho. No Pacto I, o Presidente da República era eleito por um colégio eleitoral composto pela Assembleia do MFA e pela Assembleia Legislativa; no Pacto II, o Presidente passou a ser eleito por sufrágio direto e universal, retirando poderes do Conselho da Revolução.

---

<sup>2</sup> O Grupo dos Nove foi um grupo de oficiais das Forças Armadas de Portugal liderados por Melo Antunes pertencente ao MFA de tendência moderada. Publicaram em Agosto de 1975 um documento que ficou conhecido como "Documento dos Nove" com vista à clarificação de posições políticas e ideológicas dentro e fora das Forças Armadas. Os signatários originais foram nove conselheiros da revolução: Melo Antunes, Vasco Lourenço, Pezarat Correia, Manuel Franco Charais, Canto e Castro, Costa Neves, Sousa e Castro, Vítor Alves, Vítor Crespo. Este grupo de militares representava a facção moderada do MFA que recusava tanto o modelo socialista da Europa de Leste como o modelo social-democrata da Europa Ocidental, defendendo um projeto socialista alternativo baseado numa democracia política, pluralista, nas liberdades, direitos e garantias fundamentais.

## 2.2. FONTES DO SISTEMA CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS DE 1976

O sistema constitucional português pode melhor ser compreendido tendo em conta que, na sua gênese imediata, ou seja, o segundo Pacto do Movimento das Forças Armadas e os projetos dos seis partidos apresentados na Assembléia Constituinte de 1975-1976 e, em menor medida, a revisão constitucional de 1982<sup>3</sup> (e nas subsequentes – 1989, 1992, 1997, 2001, 2004 e 2005), se manifestaram as influências de sistemas típicos estrangeiros (nomeadamente nos textos europeus do pós-

---

<sup>3</sup> Essa primeira revisão (1982) teve como objetivo a perspectiva da integração europeia e, devido a chamada “crise institucional portuguesa” houve a necessidade de reorientar as traves mestras da organização acordada em 1976 que acabou por aproximar o ordenamento jurídico português com o dos seus vizinhos, pondo fim à tutela do Conselho da Revolução e consolidando as estruturas de um Estado de Direito Democrático. Esta revisão eliminou o art. 50.º previsto no título III, Parte I da CRP, o qual fora atacado desde os trabalhos na AC por ter na sua base uma filosofia marxista. Desta forma, evoluiu-se para uma concepção dos direitos sociais segundo a qual estes são a expressão de um pressuposto e de um princípio de solidariedade social. A revisão ainda avançou no campo da proteção constitucional dos direitos fundamentais, onde deslocaram-se para o título II da Parte I quase todos os Direitos, Liberdades e Garantias (DLG) dos trabalhadores, ao mesmo tempo, dividiu-se o título em três capítulos: DLG pessoais (arts. 24.º a 47.º), DLG de participação política (arts. 48.º a 52.º) e DLG dos trabalhadores (arts. 53.º a 58.º, hoje 57.º), e criou-se o Tribunal Constitucional que até então era ocupado pelo Conselho Constitucional. A refundição operada no art. 9.º da CRP passa a estabelecer como tarefas fundamentais do Estado “garantir os direitos e liberdades fundamentais e o repeito pelos princípios do Estado de direito democrático (alínea b’) e promover a efetivação dos direitos económicos, sociais e culturais, mediante a transformação das estruturas económicas e sociais, designadamente a socialização dos principais meios de produção (alínea d’).” As revisões posteriores não afetaram o essencial deste tratamento sistemático. Para maiores consultas sobre as revisões constitucionais, ALEXANDRINO, José de Melo, *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, Vol. I – Raízes e Contexto, livro correspondente ao texto da Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas na FDUL, Almedina, Lisboa, 2006, p. 637 e ss.; MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 4ª edição, 2008, Editora Coimbra, pp. 145 – 149 e 5ª edição, 2012, pp. 167 - 171; e CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 207 – 214.

guerra ou “constitucionalismo ocidental”<sup>4</sup> e em constituições socialistas de países do Leste<sup>5</sup>) bem como a influência de tratados internacionais (destacando-se aqui a Declaração Universal dos Direitos do Homem e os Pactos Internacionais de proteção dos direitos humanos sob o amparo da ONU – Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) e de tradições nacionais (o conjunto das constituições anteriores<sup>6</sup>).

Para os autores Gomes Canotilho e Vital Moreira<sup>7</sup> o segundo Pacto MFA-partidos e os projetos dos próprios partidos

---

<sup>4</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Coimbra, Almedina, 2003, p. 199, diz da influência da Lei Fundamental de Bona de 1949 no catálogo de direitos, liberdades e garantias e dela retira importantes aspectos quanto ao regime destes direitos como, por exemplo, aplicabilidade direta dos preceitos consagradores de direitos, liberdades e garantias, eficácia direta destes direitos em relação a entidades privadas, consideração de um “núcleo essencial” “como reduto “inexpugnável” destes mesmos direitos, liberdades e garantias. A presença do texto constitucional italiano de 1948 também é visível quanto a alguns aspectos dos direitos fundamentais, por exemplo, os direitos fundamentais de formações sociais, direitos sociais e econômicos e quanto a alguns princípios estruturantes – princípio “laborista”. O modelo francês de organização do poder político tem algumas refrações no texto de 1976 sobretudo no que toca aos esquemas semi-presidencialistas.

<sup>5</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional... op., cit.*; p. 199, ainda nos diz que além das influências do “constitucionalismo ocidental”, a CRP também baseou-se em constituições socialistas dos países ex-comunistas colocando um extenso catálogo de direitos econômicos, sociais e culturais.

<sup>6</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional... op., cit.*; pp. 197 e 198; e CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, 1991, p. 14; afirmam que algumas das premissas essenciais da CRP se baseiam na corrente constitucional de tradição democrático revolucionária e liberal radical (“código binário progressista/conservador”) de alguns desses textos constitucionais. Há também preceitos que se inspiraram em normas anteriormente existentes como por exemplo, a inserção de um catálogo de direitos e liberdades na constituição formal é uma constante em todas as constituições portuguesas. Do mesmo modo, a fiscalização judicial difusa de constitucionalidade dos atos normativos, que vem da constituição de 1911, passa para a constituição de 1933 e mantém-se na lei fundamental de 1976, tornando-se uma espécie de *património constitucional* português.

<sup>7</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, 1991, pp. 12-13 e CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional..., op., cit.*, p. 202.

apresentados na AC (que já incluíam o conteúdo do primeiro Pacto), constituem as fontes mais diretas ou imediatas do texto final. Os autores sustentam que, devido ao fato de os projetos dos partidos estarem condicionados pelo conteúdo daqueles Pactos, a sua originalidade reside nas seções relativas aos princípios e direitos fundamentais e à organização econômica. Como fonte indireta ou mediata, referem o próprio programa do MFA, textos revolucionários e projetos doutrinários.

Para Jorge Miranda<sup>8</sup> o programa do MFA tem uma verdadeira função constituinte e não meramente política, e, por isso, uma fonte relevante da Constituição, à medida que expunha as orientações futuras a serem seguidas pelo Governo Provisório até à aprovação de um novo texto constitucional. Embora as Plataformas de Acordo Constitucional não constituíssem formalmente fonte imediata da constituição por não vincularem juridicamente os deputados, politicamente eram vinculativas. Ainda segundo o autor, estes Pactos MFA-partidos (ou as duas Plataformas de Acordo Constitucional) são meros elementos históricos de interpretação da Constituição porque para si as verdadeiras fontes da constituição são os projetos dos seis partidos apresentados na Assembleia Constituinte.

### 2.2.1. COMPARAÇÃO DOS PROJETOS DE CONSTITUIÇÃO APRESENTADOS EM 1975<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> MIRANDA, Jorge, *Constituição e democracia*, Petrony, Lisboa, 1976, p. 101 e *A constituição de 1976: Formação, Estrutura e princípios fundamentais*, Petrony, Lisboa, 1978, pp. 42-44 e 97-99.

<sup>9</sup> Para a comparação dos Projetos de Constituição apresentados em 1975 (*supra* 2.2.1.), e para os trabalhos na Assembleia Constituinte (*infra* 2.2.2.), utilizamos o livro do professor ALEXANDRINO, José de Melo, *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, Vol. I – Raízes e Contexto, livro correspondente ao texto da Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas na FDUL, Almedina, Lisboa, 2006, pp. 517 - 635; MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 4ª edição, 2008, Editora Coimbra, pp. 134 – 141 e 5ª edição, 2012, pp. 152 -159; e MOREIRA, Isabel, *A Solução dos Direitos, Liberdades e Garantias e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais na Constituição Portuguesa*, livro correspondente ao



Como mencionamos acima, após o 25 de Abril de 1974 tem-se como objetivo a implantação em Portugal de um regime democrático, tal ocorre com a entrada em vigor da nova Constituição de 1976. No entanto, o caminho para esse objetivo é discordante entre as diversas facções partidárias e movimentos sociais e políticos que aparecem após a Revolução dos Cravos. Podemos observar, a partir deste momento, uma forte disputa político-ideológica entre estas facções que tentam por meio dos seus projetos constitucionais, fazer prevalecer – seja na sistemática constitucional ou na estruturação do sistema de direitos fundamentais – os seus interesses partidários. Algumas facções agarram-se ao PREC (“Processo Revolucionário em Curso”) nomeadamente as colocadas à extrema-esquerda parlamentar constitucional (M.D.P./C.D.E e a U.D.P.) e, de vez em quando aliadas ao P.C.P., tentam implementar uma República popular em Portugal. Por oposição, as facções mais moderadas que detinham uma ampla maioria dentro da Assembleia Constituinte (P.S., P.P.D. e C.D.S.) defendiam a implantação de uma Democracia constitucional.

Como se verá, todos os seis projetos da Constituição submetidos à Assembleia Constituinte cuidaram, com maior ou menor importância, da matéria dos direitos fundamentais, apresentando um catálogo sistematicamente organizado e com previsão expressa de direitos sociais.

No projeto do C.D.S. os direitos, liberdades e garantias (DLG ou direitos de liberdade), foram colocados na parte I, “Princípios Fundamentais” (título II, arts. 11.º a 16.º), com um preceito dedicado aos direitos e liberdades, incluindo a propriedade, e outros às garantias (arts. 12.º e 13.º); a autonomização de um título (o III) para os partidos políticos e outros grupos sociais, com um artigo sobre os direitos dos partidos (o art.

24.º) e outro sobre os direitos dos grupos sociais em geral (o art. 28.º); e a diluição dos direitos sociais (ou DS) pela parte II (“Da vida econômica, social e cultural”).

No que diz respeito à Declaração Universal dos Direitos do Homem, o projeto de Constituição do C.D.S. em que se dizia no art. 11.º, n.º 2: “Portugal adopta como sua a Declaração Universal dos Direitos do Homem, devendo todos os preceitos constitucionais e legais ser interpretados, integrados e aplicados de harmonia com essa Declaração, cujo texto em português é publicado em anexo a esta Constituição e dela faz parte integrante”; seria a fonte do art. 16.º, n.º 2, da Constituição aprovado a final.

O projeto previa ainda o Defensor do Cidadão (art. 102.º e ss.), a fiscalização difusa (art. 134.º) e concentrada da constitucionalidade, com repartição de poderes entre o Conselho da Revolução (extinto com a revisão constitucional de 1982) e um Tribunal Constitucional (arts. 136.º e ss.) e, no seio da cláusula de limites constitucionais de revisão (art. 143.º, alínea b), figuravam os direitos, liberdades e garantias individuais.

O projeto do M.D.P./ C.D.E. (tal como sucederá no projeto do P.C.P.) contemplava os direitos, liberdades e garantias no título III ( arts. 19.º a 52.º ), a seguir a um título II sobre “Bases econômicas e sociais”. José de Melo Alexandrino nos diz que do preceito 19.º “podem retirar-se não apenas a matriz (soviética e leninista<sup>10</sup>) em que se situa o projeto, mas alguns outros apontamentos significativos: 1.º) os direitos surgem imediatamente funcionalizados à democracia e à instauração do socialismo; 2.º) o Estado intervém, do lado activo, no fomento da participação popular – pelo que nessa medida ele ocupa um espaço tradicionalmente reservado à liberdade dita negativa; 3.º) o primeiro direito dos cidadãos é afinal um dever fundamental: o dever de contribuir para a edificação da sociedade

---

<sup>10</sup> MIRANDA, Jorge, *Manual...* Tomo IV, 4ª ed., *op., cit.*; p. 138 e 5ª ed., p. 156.

democrática e socialista; 4.º) à semelhança da Constituição de 1933, a (aparente) cláusula de abertura de outros direitos surge associada à cláusula de limitação; 5.º) os direitos mais sacrificados por este artigo 19.º são, afinal de contas e em primeira linha, os que vinham mencionados no § 2.º do artigo 8.º da Constituição de 1933”<sup>11</sup>. Realça ainda o autor que “figuras potencialmente relevantes como o direito à existência e ao desenvolvimento integral da personalidade (art. 23.º) surgem parametrizadas pelo socialismo e mais uma vez pelo incremento do papel do Estado (n.º 1), bem como por um emaranhado impraticável de conceitos, pressupostos e condições (n.º 2)”<sup>12</sup>.

O projeto do P.C.P. tratava os DLG e deveres fundamentais num título III ( arts. 24.º a 60.º ), depois de um título II sobre “ Organização econômica”. No título I (“Princípios fundamentais”), o art. 1.º dizia que o Estado Português é um Estado democrático que tem por objectivo, num curto prazo histórico, eliminar o poder dos monopólios e latifundiários e abrir caminho à transição para o socialismo. No art. 3.º ressalta-se a ênfase concedida à realização revolucionária de profundas transformações económicas e sociais. No art. 4.º, a afirmação de que todo o poder pertence ao povo, que o exerce (...) quer directamente, quer através das organizações populares, sociais e políticas, das instituições revolucionárias e dos órgãos estatais representativos, segundo o princípio da unidade do poder. Por fim, o art. 7.º, alínea a, encontramos a afirmação de que constitui função política e tarefa do Estado Consolidar as liberdades democráticas e assegurar os direitos individuais e económicos-sociais, transformando estas liberdades e direitos numa realidade para os trabalhadores e todo o povo, na base de firmes garantias económicas, sociais, políticas e jurídicas.

O título III estava repartido em cinco capítulos. Capítu-

---

<sup>11</sup> ALEXANDRINO, José de Melo, *A Estruturação do Sistema...* Vol. I, *op. cit.*; p. 553

<sup>12</sup> *Ibidem*, p.553.

lo I (“Princípios Gerais”) - arts. 24.º a 29.º; Capítulo II (“Direitos e liberdades pessoais”) - arts. 30.º a 34.º; Capítulo III (“Direitos, liberdades e deveres econômico-sociais”) - arts. 35.º a 46.º; Capítulo IV (“Direitos, liberdades e deveres cívicos e políticos”) - arts. 47.º a 58.º; e V (“Tutela dos direitos e liberdades individuais”) - arts. 59.º e 60.º. O primeiro desses preceitos (o art. 24.º) diz respeito à cláusula aberta “Os direitos, liberdades e garantias e deveres enumerados nesta Constituição não excluem quaisquer outros que sejam previstos na lei ou venham a criar-se no decurso do processo revolucionário”. A localização dos princípios fundamentais foi a que veio a ser acolhida na Constituição. O projeto do P.C.P. ainda previa a funcionalização dos direitos aos limites no seu art. 29.º, n.º 2 ao expor que: “Os direitos e liberdades fundamentais não podem ser exercidos contra o regime democrático, contra a unidade e independência nacionais, contra o processo revolucionário ou para impedir a transição para o socialismo”.

O projeto do P.S. tratava dos direitos fundamentais em dois títulos ( o II e o III ) antes da organização econômica ( título IV ). O primeiro desses títulos versava sobre DLG fundamentais do cidadão ( arts. 9.º a 29.º ) e o segundo sobre “Direitos e deveres econômico-sociais” ( arts. 30.º a 41.º ). Nesse projeto Miranda e Alexandrino ressaltam as omissões que nele faltava, ou seja; “a definição de princípios ou cláusulas gerais atinentes aos direitos fundamentais<sup>13</sup>, a definição de um regime jurídico aplicável, a definição de deveres ou de limites<sup>14</sup>”. O art. 29.º deste projeto previa a instituição de dois Provedores de Justiça e, no catálogo dos direitos e deveres econômico-sociais, previa o direito de iniciativa privada como direito fundamental – art. 36.º, n.º 3.

O projeto do P.P.D. com uma anteparte de “Princípios

<sup>13</sup> MIRANDA, Jorge, *Manual... Tomo IV*, 4ª ed., *op. cit.*; p. 136 e 5ª ed., p. 154.

<sup>14</sup> ALEXANDRINO, José de Melo, *A Estruturação do Sistema... Vol. I, op. cit.*; p. 555.

Fundamentais” consagrava a parte I aos “Direitos e deveres fundamentais da pessoa” ( arts. 9.º a 63.º ), distinguindo, em quatro capítulos, “Princípios gerais”, “Direitos e deveres pessoais”, “Direitos e deveres sociais” e “Direitos e deveres políticos”. No primeiro título consagra-se o princípio da universalidade – art. 9.º, n.º 1; a força jurídica das disposições respeitantes aos direitos, liberdades e garantias – art. 10.º; prescrevem-se regras para defesa dos direitos em situação de estado de exceção e prevê uma cláusula de limites, nos termos do qual Cada pessoa deve exercer sempre os seus direitos, liberdades e garantias fundamentais sem ofensa dos direitos das outras pessoas, nem lesão da ordem constitucional democrática ou dos princípios da moral – art. 11.º; no art. 13.º se reconhece o princípio da tutela geral e, no art. 14.º, o princípio da cláusula aberta que reza: A especificação dos direitos, liberdades e garantias feita na Constituição não exclui quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis do direito internacional ou decorrentes da inviolabilidade da pessoa humana.

Acompanhados de limites diretos temos a liberdade de culto (art. 20.º, n.º 2), liberdade de circulação (art. 27.º, n.º 1) ou as liberdades de reunião e de manifestação (art. 28.º, n.º 2 e 3). O art. 63.º, n.º 1, estabelece que os cidadãos têm o dever de ser fiéis à Pátria e de observar a Constituição e as leis, além do dever de colaboração (n.º 2)<sup>15</sup>.

No artigo I das “Disposições finais e transitórias” “o projeto previa ainda a fiscalização da constitucionalidade por todos os tribunais, com um regime de subida em separado ao Supremo Tribunal de Justiça que, se concluísse pela inconstitucionalidade, submeteria o acórdão ao Conselho da Revolução para homologação”<sup>16</sup>.

O projeto da U.D.P. tratava dos “Direitos e deveres do cidadãos” em um n.º 3 ( arts. 16.º a 23.º ), após o preâmbulo e

---

<sup>15</sup> *Idem, ibidem*, p. 557.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 558.

um n.º 2 de “Princípios Gerais”. Alexandrino indaga se este projeto pode ser considerado como tal, pois “na respectiva introdução, a anteceder o preambulo, o texto era definido antes como um programa imediato de luta”<sup>17</sup>. Assim, a título de curiosidade, e ainda nos dizeres deste autor, observa-se neste projeto: “1.º) a total mistura de direitos sociais, pessoais e políticos; 2.º) a arregimentação sob a epígrafe de “liberdades sociais” da liberdade de associação, de expressão, de reunião, de concentração e de manifestação públicas (artigo 20.º); 3.º) a previsão da perda genérica de direitos políticos para certas classes de pessoas (artigo 23.º); 4.º) a previsão de que a greve não será regulamentada (artigo 29.º)”<sup>18</sup>.

Como podemos analisar, embora cada partido desse uma ênfase diferente aos dois tipos de direitos fundamentais, havia realmente um consenso em torno da necessidade de constitucionalizar os direitos sociais. Mesmo entendendo Jorge Miranda que “para o C.D.S., era como se os direitos fundamentais em sentido próprio apenas fossem os direitos, liberdades e garantias, únicos direitos de tratamento específico”<sup>19</sup>; o autor menciona que este projeto não era “um projeto individualista, dado o tratamento dos grupos sociais e dos seus direitos”<sup>20</sup>. Podemos ainda observar que, exceto nos projetos do M.D.P./C.D.E., do P.C.P. e da U.D.P., a constitucionalização assentava-se na dicotomia que se manteve até hoje entre direitos, liberdades e garantias e direitos econômicos, sociais e culturais, preconizada pelo P.S. A sistematização constitucional da precedência da organização econômica sobre os direitos, como também a funcionalização dos direitos aos limites ou a inclusão de uma cláusula geral de limites propostos pelo M.D.P./C.D.E., P.C.P. e U.D.P. foram rejeitados. O acervo matricial de princípios configuradores do sistema de DLG, ou o

---

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 558.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 558.

<sup>19</sup> MIRANDA, Jorge, *Manual... Tomo IV*, 4ª ed., *op. cit.*; p. 136 e 5ª ed., p. 154.

<sup>20</sup> *Ibidem*, 4ª ed., p. 137 e 5ª ed., p. 156.

núcleo duro dos princípios essenciais aos sistema de direitos fundamentais (liberdade, igualdade, solidariedade, dignidade da pessoa humana, Estado de Direito e democracia política) se deu em torno do projeto do P.P.D. e, em menor grau, nos projetos do C.D.S., P.S. e P.C.P. Por fim, não deixou de ser rejeitada a consagração de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade (previsto no projeto do C.D.S.) mas hoje constituionalizado no art. 26.º, n.º 1, ou da inviolabilidade da pessoa humana (proposta pelo P.P.D.)<sup>21</sup>.

Reafirmando as ideias supramencionadas nos termos de Jorge Miranda, a leitura dos projetos revela que: “o projeto do C.D.S. era um projeto liberal, que dava pouca importância aos DS embora não fosse um projeto individualista, dado o tratamento dos grupos sociais e dos seus direitos. O projeto do M.D.P./C.D.E. e o da U.D.P. (este, de resto muito pouco desenvolvido) situavam-se nos antípodas, não só por darem toda a prevalência aos DS como por tudo integrarem no combate revolucionário em que se pretendiam inserir. O projeto do P.C.P., sem deixar de ser marxista-leninista como os do M.D.P./C.D.E. e a da U.D.P. (tendo em conta a precedência da organização econômica sobre os direitos fundamentais), dedicava larga atenção aos DLG. O projeto do P.S. consagrava simultaneamente os DLG e os DS, com prevalência daqueles sobre estes, e dava particular relevo aos direitos dos trabalhadores. O projeto do P.P.D. estabelecia outrossim as duas categorias de direitos, mas de forma diferente, e incluía um título com princípios gerais”<sup>22</sup>.

### 2.2.2. OS TRABALHOS NA ASSEMBLEIA CONSTITUINTE

---

<sup>21</sup> Nesse sentido, ALEXANDRINO, José de Melo, *A Estruturação do Sistema...* Vol. I, *op., cit.*; pp. 558 - 559 e MOREIRA, Isabel, *A Solução dos Direitos... op., cit.*; p.49.

<sup>22</sup> MIRANDA, Jorge, *Manual... Tomo IV*, 4ª ed., *op., cit.*; pp. 137 - 138 e 5ª ed., p. 156.

Neste subtópico, restringiremos a nossa análise apenas às passagens que se relacionam mais diretamente com o tema do nosso estudo. Desse modo, a nossa atenção recairá em alguns aspectos gerais, na sistematização das matérias e, principalmente, na divisão dos direitos fundamentais.

#### A) ALGUNS ASPECTOS GERAIS:

A aprovação dos preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias ocorreu durante o Verão de 1975 – no mês de agosto e do V Governo Provisório. O estudo feito pela doutrina sobre os trabalhos das diversas Comissões mostra-nos que, depois de aprovada a sistematização da Constituição, os artigos propostos pelas Comissões não foram posteriormente alterados, o que, aliado à velocidade com que se concluiu o trabalho dessas Comissões, subentende-se que, devido à conturbação daquele momento, houve uma pressão oriunda da necessidade de “consenso”, e de que a decisão constituinte tenha sido das Comissões e não do Plenário<sup>23</sup>.

Outra observação a ser feita dentro deste contexto é sobre as manifestações de vontade (nas votações e aprovações) de cada um dos partidos, pois nenhuma disposição constitucional foi aprovada contra a vontade do P.S. que liderava a AC com 116 deputados constituintes (38% dos votos obtidos nas eleições diretas do dia 25 de abril de 1975). Em contrapartida, as disposições fundamentais foram aprovadas sem o voto favorável do P.C.P. e do M.D.C./C.D.E. Já as propostas de emenda, aditamento ou eliminação indicadas pelo P.C.P. foram rejeitadas pela AC.

Para Alexandrino “a estratégia do P.P.D. e do C.D.S.

---

<sup>23</sup> Nesse sentido, MIRANDA, Jorge, *A Constituição de 1976... op., cit.*; p. 87; ALEXANDRINO, José de Melo, *A Estruturação do Sistema... Vol. I, op., cit.*; p. 563 e MOREIRA, Isabel, *A Solução dos Direitos... op., cit.*; p. 50.



foi claramente a de não contrariar o P.S. em questões objecto de consenso prévio ou previsível: quando muito o P.P.D. procurou, aqui e ali, atrair o P.S. para o seu ponto de vista. O C.D.S. foi mais discreto ainda, acompanhando sistematicamente os textos em que sabia haver comunhão das ideias entre P.S. e o P.P.D. De tal sorte que (...) nunca estes dois partidos (C.D.S. e P.P.D.) votaram desfavoravelmente ou se abstiveram em qualquer dos preceitos aprovados nos Títulos I e II da Parte I da Constituição”<sup>24</sup>. Embora rejeite a identidade ou comunhão entre esses partidos, e a prova que nos dá disso está no “conjunto de propostas de emenda e de aditamento avançadas – com relativa margem de sucesso – por Deputados do P.P.D. e, residualmente, do C.D.S.”<sup>25</sup>; o autor acolhe o entendimento doutrinário e corrobora a afirmação de Jorge Miranda segundo a qual “os direitos, liberdades e garantias e a democracia política resultaram, na Constituição, da convergência PS-PPD-CDS”<sup>26</sup>.

## B) SISTEMATIZAÇÃO DAS MATÉRIAS NA CONSTITUIÇÃO:

O que ficou consolidado na AC sobre a sistematização da Cata Magna expressa uma rejeição absoluta da concepção marxista dos direitos fundamentais protagonizada pelo P.C.P. e pelo M.D.P./C.D.E., partidos que propuseram a precedência da organização econômica sobre os “Direitos e liberdades fundamentais”. Assim, saiu vitorioso o entendimento segundo o qual o Estado e a organização política e econômica a ele subjacente é que existem a serviço da pessoa humana. Isso significa que a pessoa é colocada no centro do Direito e os seus direitos devem antepor-se à organização política e econômica do Estado, e não

---

<sup>24</sup> ALEXANDRINO, José de Melo, *A Estruturação do Sistema...* Vol. I, *op. cit.*; p. 565.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 565.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 566.

o contrário. Para tal, a primeira parte da Constituição ficou reservada à regulamentação dos direitos e deveres fundamentais e “nem se compreenderia que fosse de outro modo num país como Portugal, traumatizado por décadas de violações sistemáticas dos direitos e liberdades e onde largas camadas da população mal têm acesso aos bens culturais e materiais (...)”<sup>27</sup>.

Outra observação a ser feita diz respeito à inclusão de uma divisão de princípios fundamentais que garantiram a coabitação das várias correntes políticas numa mesma ordem constitucional, elaborados numa fase fortemente conturbada do processo político português e que formaram um dos conjuntos mais controversos da Constituição de 1976. Para os autores estes princípios ainda são reflexo da falta de homogeneidade do período revolucionário<sup>28</sup>.

### C) DIVISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS<sup>29</sup>:

Como vimos anteriormente, deveu-se ao projeto do P.S. a sistematização dicotômica entre direitos, liberdades e garantias e direitos econômicos, sociais e culturais, com prevalência daqueles sobre estes. Segundo a doutrina, a convergência ou consenso entre P.S., P.P.D. e C.D.S. relativamente aos direitos de liberdade não se repetiu nos direitos sociais - onde se observa uma aliança não assumida entre o P.S. e o P.C.P., levando o P.P.D.<sup>30</sup> a rejeitar e contrariar a filosofia marxista, que no seu

---

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 585, nota 350, (DAC, n.º 132, declaração de voto do P.P.D., p. 273).

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 586, notas 351 e 354.

<sup>29</sup> Veremos que todos os argumentos relatados (neste item c) que tentam justificar (ou não) a divisão dos direitos fundamentais para a aplicação do regime jurídico especial apenas aos direitos de liberdade, foram incorporados pela doutrina e arrastados até os dias atuais sem que se tenha chegado a algum consenso prático sobre o assunto.

<sup>30</sup> O P.P.D. em 1977 se torna P.S.D. O partido não tomou a designação "social democrata" desde a sua fundação (6 de maio de 1974 e legalizado em janeiro de 1975) porque alguns dias antes do seu anúncio público surgiu um outro partido com a designação de Partido Cristão Social Democrata (que, no entanto, desapareceu logo depois). Curiosamente o velho aliado político de Sá Carneiro (um dos fundadores do

entender estaria subjacente em alguns dos artigos, como por exemplo, o art. 50.º da Constituição (cuja eliminação propôs sem sucesso<sup>31</sup>) defendendo a ideia de que os direitos sociais “eram expressão de um pressuposto e de um princípio de solidariedade social”<sup>32</sup>.

Tal concepção do P.P.D. foi combatida pelo P.C.P. que, manifestando-se de outro modo, entendia que os direitos sociais estariam incindivelmente ligados ao socialismo e à transformação das estruturas econômicas, sociais e políticas. Por serem “direitos recentes e, historicamente, direitos de classe”<sup>33</sup> fazia todo o sentido uma norma como a do art. 50.º que dizia: “A apropriação colectiva dos principais meios de produção, a planificação do desenvolvimento económico e a democratização das instituições são garantias e condições para a efectivação dos direitos e deveres económicos, sociais e culturais”. Nesse sentido, Vital Moreira (jurista e deputado na época pelo P.C.P.) acusa o P.P.D. de utilizar “métodos de argumentação ideologicamente terrorista” afirmando que “desde o início, a luta pelos direitos sociais e culturais está incindivelmente ligada à luta pelo socialismo, à luta pela apropriação colectiva dos meios de produção, à luta pela conquista do poder pelas classes trabalhadoras, à luta pelo cerceamento do poder da burguesia”. Considera ainda que a tentativa de ligar os direitos sociais a conceitos como o da solidariedade social seria uma “manifesta e conhecida capacidade das classes dominantes e da ideologia burguesa para cooptar, para fazer suas (neutralizando-as e invertendo o seu sentido) algumas bandeiras principais da luta

---

partido), Adelino da Palma Carlos, fundou, pouco depois, um outro partido chamado Partido Social Democrata Português, que também desapareceu logo em seguida. Por isso, só em 1977o PPD se torna PSD – Partido Social Democrata.

<sup>31</sup> Mas que veio a ser eliminado posteriormente com a revisão constitucional de 1982.

<sup>32</sup> ALEXANDRINO, José de Melo, *A Estruturação do Sistema...* Vol. I, *op. cit.*; p. 587 e nota 369 (DAC, n.º 44, p. 1244; DAC, n.º 45, 1286; DAC, n.º 132, p. 4451).

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 588 e nota 373 (DAC, n.º 46, p. 1320, 1321).

popular”<sup>34</sup>. O P.S., que impôs a dicotomia entre os dois tipos de direitos fundamentais, de maneira contraditória, também considerava que os direitos sociais eram direitos do povo e dos trabalhadores e, tal como o P.C.P., assumia a raiz marxista do seu entendimento do assunto como o caráter fundamental do artigo 50.º.

Com essa coligação entre P.S. e P.C.P., o art. 50.º foi aprovado no texto originário da CRP, e, com ele, um catálogo generoso de direitos sociais. Este catálogo amparado pelo art. 50.º de cariz marxista, consubstancia também uma intenção de efetivação dos direitos sociais os quais o legislador constitucional quis conferir um maior peso vinculativo em relação ao legislador simples, querendo evitar que esses direitos pudessem ser reduzidos a meras declarações programáticas<sup>35</sup>.

Embora a opção pela divisão sistemática entre os direitos de liberdade e os direitos sociais tenha prevalecido na Constituição de 1976, tal divisão (ou separação) não significou um divórcio entre os dois tipos de direitos fundamentais. Pelo menos num primeiro momento essa divisão foi questionada por alguns membros do P.P.D., como por exemplo o professor (e deputado na época) Jorge Miranda, que muito bem expressou a ideia de unicidade e de continuidade entre as várias categorias de direitos fundamentais ao defender que “a liberdade – para ser a de todos e não apenas a de alguns, e para traduzir a dimensão comunitária do homem – exige direitos sociais, económicos e culturais (...). A liberdade (...) é também a liberdade-libertação da miséria, da insegurança e da necessidade”; “A nossa visão desta parte do texto constitucional não pode, portanto, deixar de ser profundamente unitária e global. Uns preceitos implicam outros preceitos, uns direitos implicam outros

---

<sup>34</sup> MOREIRA, Isabel, *A Solução dos Direitos... op. cit.*; nota 84, pp. 51 -52 (DAC, n.º 46, p. 1320).

<sup>35</sup> Nesse sentido, HORSTER, Heinrich Ewald, O imposto complementar e o Estado de Direito, in “Revista de Direito e Economia”, 1977, p. 92, *apud* MOREIRA, Isabel, *A Solução dos Direitos... op. cit.*; p. 53.

direitos e reflectem-se em deveres de prestação activa ou de mero respeito por parte do Estado ou das outras pessoas. Aliás, as normas relativas aos direitos fundamentais deverão ter eficácia tanto no respeitante a todas as autoridades públicas – que vincularão, enquanto tais, directamente – como no respeitante aos particulares”;

Na nossa proposta de sistematização indicam-se quatro títulos: 'Princípios gerais', 'Direitos e deveres pessoais', 'Direitos e deveres sociais' e 'Direitos e deveres políticos' ”; “A Comissão preferiu, todavia, distinguir apenas entre direitos, liberdades e garantias na concepção clássica, por um lado, e direitos e deveres económicos, sociais e culturais na concepção mais avançada, por outro lado. É uma distinção impressiva e com boas razões a seu favor; só não a julgamos a mais perfeita dentro da perspectiva que perfilhamos”<sup>36</sup>. Infelizmente, durante o debate essa ideia unitária e global dos direitos e deveres pessoais, sociais e políticos foi posta de lado - e até contestada por integrantes do próprio partido; no que resultou uma visão favorável à separação dos dois tipos de direitos fundamentais<sup>37</sup>.

Quem batalhou contra essa dicotomia desde o início até ao fim foram o P.C.P. e o M.D.P./C.D.E. Para o primeiro partido, essa divisão em dois grupos assentava numa concepção individualista e liberal de que os direitos e liberdades seriam meras defesas contra o Estado, e de que os direitos sociais seriam direitos programáticos. Para o M.D.P. tal divisão pretendia uma subalternização dos direitos sociais face aos direitos de liberdade, afirmando uma artificial separação de dois planos que se encontram indissolúvelmente ligados<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> ALEXANDRINO, José de Melo, *A Estruturação do Sistema...* Vol. I, *op. cit.*; p. 589 e nota 381 (DAC, n.º 13, p. 275).

<sup>37</sup> Sobre a defesa do P.P.D. pela divisão entre os dois tipos de direitos, ALEXANDRINO, José de Melo, *A Estruturação do Sistema...* Vol. I, *op. cit.*; pp. 590 – 591.

<sup>38</sup> Nesse sentido, ALEXANDRINO, José de Melo, *A Estruturação do Sistema...* Vol. I, *op. cit.*; pp. 589 – 590, e MOREIRA, Isabel, *A Solução dos Direitos...* *op. cit.*; p. 56.

Mas que significado jurídico se deu à dicotomia? Segundo Alexandrino, a resposta veio do P.P.D. e foi a seguinte: “a divisão entre essas duas categorias de direitos exprime o primado dos direitos, liberdades e garantias sobre os direitos e deveres económicos, sociais e culturais (...). Mas por outro lado, também exprime a recondução estrutural das figuras (...) a distintos elementos construtivos: de um lado, predominantemente, à liberdade (...), à igualdade jurídica, ao livre desenvolvimento da personalidade e, do outro, predominantemente, à solidariedade, à igualdade material ou, se se quiser, à transformação das condições (à qual, de modo algum, se pode reduzir – ao avesso do que fez a maioria, com a aprovação do artigo 50.º). (...) Uma coisa é afirmar a relevância das condições materiais e de facto (para a efetivação desses direitos) e a correspondente necessidade de um combate às insuportáveis desigualdades de facto, e outra, completamente diferente, a de afirmar os postulados de uma certa cartilha ideológica, como transparece no artigo 50.º. E as consequências da afirmação de um princípio como esse são de significado extremo (na perspectiva dos próprios direitos sociais), porquanto, num primeiro momento, ocorre a instrumentalização desses direitos que se tornariam 'quase redundantes, porque se identificariam, efectivamente, com o desenvolvimento das forças produtivas, que se traduziriam em relações de produção' e, num segundo momento (já dogmaticamente significativo), daí deriva afinal a absoluta (e não já relativa) distinção entre as duas categorias de direitos, visto os direitos, liberdades e garantias não dependerem imediatamente de condições deste tipo, estarem enunciados em normas constitucionais preceptivas, serem directamente invocáveis, aplicáveis e vinculativos, além de globalmente justiciáveis.”<sup>39</sup>

No entanto, a primazia dos direitos de liberdade sobre

---

<sup>39</sup> ALEXANDRINO, José de Melo, *A Estruturação do Sistema...* Vol. I, *op. cit.*; pp. 592 - 593.

os direitos sociais não impediu a complementariedade, ou uma articulação recíproca entre eles. Assim, “algumas das condições de realização dos direitos de liberdade vêm na parte dos direitos sociais; muitas das disposições de direitos sociais são de eficácia praticamente automática e muitos dos direitos nelas consagrados relevam também para as relações entre particulares, nos termos em que a lei fica obrigada a determinar; algumas figuras, como a iniciativa privada, devem ser vistas simultaneamente como direitos pessoais e direitos sociais”<sup>40</sup>. Mais adiante veremos, que o próprio art. 17.º da CRP é um dos mecanismos de ligação entre esses direitos desempenhando “um papel de verdadeira 'norma de articulação' entre esses dois conjuntos”<sup>41</sup>, além dos princípios da proporcionalidade, da igualdade e da proteção da confiança.

### 2.3. SÍNTESE

Portanto, após o peso das décadas de uma ordem jurídica anti-liberal, Portugal emergia de um regime autoritário negador dos direitos fundamentais. As vicissitudes do processo revolucionário e constituinte justificavam uma especial atenção aos direitos de liberdade, pois perante as ameaças e os perigos que corria a democracia pluralista, a Assembleia Constituinte – para não “entregar” os direitos, liberdades e garantias ao legislador ordinário como fez a Constituição do período anterior – procurou conferir-lhes um regime jurídico-constitucional de proteção privilegiada com aplicação jurídica direta e de imposição imediata (art. 18.º a 23.º, 165.º, n.º1, alínea b', e 288.º, alínea d', da CRP). Nesse sentido, entendemos que as opções políticas do legislador constituinte de ter procedido a uma integração extensivamente discriminada de direitos fundamentais,

---

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 597.

<sup>41</sup> ALEXANDRINO, José de Melo, *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*, Editora Príncipia, 2ª edição, 2011, p. 47.

em termos de sistematização, numa separação clara entre direitos de liberdade e direitos sociais e, sobretudo, a de se ter conferido aos direitos de liberdade um regime jurídico de proteção privilegiada, são perfeitamente adequadas e razoáveis no contexto em que nasceram – seja pela influência dos sistemas constitucionais estrangeiros (que de certo modo refletiu no conflito entre modelos opostos de organização social e política, particularmente o conflito entre os defensores do modelo ocidental de Estado de Direito e os que defendiam um Estado revolucionário anticapitalista onde, também aí, a Constituição de 1976 refletiu a vitória que o primeiro bloco (P.S., C.D.S. e P.P.D.) alcançara no dia 25 de abril como no dia 25 de novembro de 1975, privilegiando na sistematização e no regime os direitos de liberdade face aos direitos sociais); seja pela influência dos tratados internacionais - onde a dicotomia entre os dois tipos de direitos seguiu o rito dos dois Pactos Internacionais das Nações Unidas de 1966 (Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e Pacto de Direitos Cívicos e Políticos), da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e da Carta Social Europeia; seja por fim, como acabamos de falar, pela experiência de uma ditadura anterior que perdurou em Portugal por 41 anos (1933-1974).

### 3. A ESTRUTURAÇÃO DO SISTEMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CRP DE 1976

Como já mencionamos, uma das opções feitas pelo legislador constituinte de 1976, quanto à sistemática constitucional, foi a precedência dos direitos fundamentais sobre a organização econômica e a organização do poder político, e a precedência dos direitos fundamentais de liberdade – com um regime jurídico-constitucional de proteção privilegiada - sobre os direitos fundamentais sociais. Vimos que esta separação estrita entre direitos de liberdade e direitos sociais, tem razões e histó-



ria próprias – trata-se de uma distinção tradicional, baseada num compromisso constitucional entre um humanismo individualista de feição liberal e uma matriz coletivista socializante; como também de uma classificação oriunda do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

No entanto, antes da primeira revisão constitucional de 1982, surgiram dúvidas (primeira problemática) sobre que regime se deveria aplicar aos direitos previstos no título II e no título III da Parte I da CRP, já que no título III (direitos econômicos, sociais e culturais) e em outras partes da Constituição, havia direitos que eram direitos de liberdade e, no título II, direitos de liberdade que, quando analiticamente decompostos, apresentavam parcialmente a natureza e estrutura típicas de direitos sociais. Qual o regime se deveria aplicar a uns e a outros? O que fazer? Privilegiar a inserção sistemática formal ou a natureza do direito em causa?

O art. 17.<sup>o</sup><sup>42</sup>, no início da vigência da Constituição, e como bem lembra Alexandrino, serviu “como fórmula ( de resposta a contradições político-constitucionais concretas ) de extensão de compromisso constitucional entre as diversas forças políticas que, cada um à sua maneira, dele pretendiam retirar proveito: uns para promoverem os direitos e liberdades dos trabalhadores ( então colocados no título III da Parte I ), outros para tentarem garantir designadamente as liberdades económicas ( umas reguladas no título III da Parte I e outras na Parte II da Constituição )<sup>43</sup>”.

Com a revisão de 1982, o legislador constituinte tentou solucionar a primeira problemática reformulando a sistematização e classificação dos direitos fundamentais, deslocando para o título II da Parte I quase todos os DLG dos trabalhadores, ao

---

<sup>42</sup> Considerado uma “norma-chave” para a compreensão do regime constitucional dos direitos fundamentais da CRP, CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *A Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª ed., 2007, p. 371, e ALEXANDRINO, José de Melo, *Direitos Fundamentais... op., cit.*; p. 47.

<sup>43</sup> ALEXANDRINO, José de Melo, *Direitos Fundamentais... op., cit.*; p.48.

mesmo tempo, dividiu este título em três capítulos: DLG pessoais (arts. 24.º a 47.º), DLG de participação política (arts. 48.º a 52.º) e DLG dos trabalhadores (arts. 53.º a 58.º, hoje 57.º), e ainda deslocou a liberdade de iniciativa econômica do art. 85.º para o art. 61.º, ou seja, da Parte II para a Parte I, título III. O art. 17.º - que antes estabelecia que o regime de DLG se aplicaria aos “direitos enunciados no título II, aos direitos fundamentais dos trabalhadores, às demais liberdades e ainda aos direitos de natureza análoga previstos na Constituição e na lei” - passou por uma simplificação em sua redação onde (além daqueles deslocamentos - dos direitos dos trabalhadores e da liberdade de iniciativa econômica) deixou de fazer referência aos direitos previstos em lei. Assim, o regime dos direitos, liberdades e garantias passou a ser aplicado “aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga” ( art. 17.º da CRP ). A partir de então, “o sentido ( a ratio ) dessa cláusula passou a ser exclusivamente o de conferir maior efectividade jurídica a uma série ( limitada ) de direitos ou posições de direitos fundamentais”<sup>44</sup>.

Nesse sentido, a sistematização dos direitos fundamentais na Parte I da CRP ficou constituída por três títulos diferentes: o título I ( Princípios Gerais – arts. 12.º a 23.º ); o título II ( Direitos, Liberdades e Garantias – arts. 24.º a 57.º ) e o título III ( Direitos e Deveres Econômicos, Sociais e Culturais – arts. 58.º a 79.º ). Com essa sistematização, observamos que foram integrados nos direitos, liberdades e garantias os direitos fundamentais que genericamente garantem o acesso individual a bens de liberdade individual, autonomia pessoal e participação política e, nos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos fundamentais que garantem o acesso individual a bens econômicos, sociais e culturais relacionados com o bem-estar e as condições materiais de vida.

No entanto, após a revisão operada pelo legislador

---

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 48.

constituente, surgiram – na feição técnico-jurídica<sup>45</sup> que a cláusula do art. 17.º passou a revestir -, outras dúvidas (segunda problemática) para o intérprete no sentido de encontrar o verdadeiro critério jurídico que permitisse identificar a situação de analogia para fundamentar a aplicabilidade do regime de proteção privilegiada a outros direitos fundamentais que não estivessem arrolados no título II.

Como menciona o art. 17.º, nem todos os direitos fundamentais encontram-se no título II da Parte I da CRP, admitindo-se que os mesmos possam estar fora deste título, mas ressalva que todos os direitos fundamentais – sejam eles o do próprio catálogo da Parte I (títulos I e III), os dispersos pela Constituição, e eventualmente até fora da Constituição ( art. 16.º, n.º 1 ) -, deverão ser essencialmente direitos equivalentes a direitos, liberdades e garantias para que se aplique o regime destes.

Mas conforme questiona Jorge Reis Novais -, “ao encontrarmos (no título II) direitos tão diferentes como as garantias em processo penal, os direitos dos trabalhadores, direitos políticos ou os direitos pessoais, é difícil extrair do conjunto a característica comum que funcione como critério de uma analogia” para efeitos de aplicação do regime especial. “O que apresentam em comum direitos fundamentais como o direito de antena, o direito à greve, a garantia de identidade genética do ser humano, (...) ou a proibição de partidos regionais?” E ainda, o que distingue para os efeitos de proteção especial, o conjunto destes direitos do título II “de um outro não menos heterogêneo, os direitos fundamentais do título III, onde encontramos direitos como o direito ao ambiente, à cultura, à iniciativa económica privada, a férias periódicas pagas, à proibição de

---

<sup>45</sup> Segundo ALEXANDRINO, “um dos efeitos positivos da reforma promovida em 1982 traduziu-se na erosão da questão política subjacente a essa cláusula e na feição técnico-jurídica que a mesma passou a revestir: afastou discussões ideológicas, para passar a exigir argumentos dogmáticos”. (*ibidem*, p. 48).

publicidade oculta ou dolosa (...) ou o direito à habitação”<sup>46</sup>.

A doutrina e a jurisprudência portuguesa procuram encontrar um critério para essa segunda problemática “mas os resultados obtidos até o momento são inseguros e controversos mesmo quando se tenha formado um consenso prático sobre a qualidade do direito análogo atribuída a alguns outros direitos fundamentais constantes no título III da Parte I da Constituição”<sup>47</sup>. Por exemplo, as garantias especiais de igualdade na escolha da profissão e no acesso ao trabalho – art. 58.º, n.º 2, alínea b’; diversas garantias jusfundamentais dos trabalhadores – art. 59.º, n.º 1<sup>48</sup>, alíneas a’ e d’; direito dos consumidores à reparação de danos - art. 60.º, n.º 1; a iniciativa econômica e privada – art. 61.º, n.º 1; direito à livre constituição de cooperativas – art. 61.º, n.º 2; o direito de propriedade privada – art. 62.º, n.º 1; o direito a justa indenização em caso de requisição ou expropriação por utilidade pública – art. 62.º, n.º 2 e 65.º, n.º 4; o direito à contagem a todo tempo de serviço – art. 63.º, n.º 4; as garantias das crianças contra todas as formas de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições – art. 69.º, n.º 2, ou ainda, o direito à fruição cultural – art. 78.º, n.º 1; mesmo estando inseridos no título III, são pacificamente considerados como direitos análogos aos direitos, liberdades e garantias. Mas em que se funda este consenso prático sobre a qualidade do direito análogo? Qual é o critério jurídico que permite distin-

---

<sup>46</sup> NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, 1ª edição, Editora Coimbra, 2010, p. 341.

<sup>47</sup> *Ibidem*, pp. 341 – 342.

<sup>48</sup> Para CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *A Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª ed., 2007, p. 374, o subsídio desemprego, previsto no art. 59.º, n.º 1, alínea e’, é considerado um direito análogo aos DLG e, por isso, compartilha do regime material previsto no art. 18.º da CRP. Quanto ao regime orgânico, art. 165.º, n.º 1 (competência legislativa reservada à Assembleia da República), esses autores fazem ressalvas aduzindo três argumentos contrários ao que prevê o art. 17.º da Constituição que nenhuma exceção de regime faz aos direitos de natureza análoga aos DLG (*ibidem*, p. 375).

guir estes direitos de outros constantes na parte dos direitos sociais, a fim de fundamentar a aplicabilidade do regime de proteção privilegiada? É o que veremos a partir de agora.

#### 4. LUZES E SOMBRAS SOBRE A CONCEPÇÃO TRADICIONAL DA DISTINÇÃO ENTRE DIREITOS DE LIBERDADE E DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA

Neste capítulo, objeto central do trabalho, o nosso objetivo será o de apurar em que medida - independentemente de opções partidárias, ou de influências de sistemas constitucionais estrangeiros ou, ainda, de divisões operadas pelos textos internacionais sobre direitos humanos - existem diferenças substanciais de natureza ou de estrutura entre os direitos de liberdade e os direitos sociais que justifiquem um regime jurídico de proteção especial apenas aos primeiros e que impliquem, ou devam implicar, da parte dos tribunais, diferentes densidades de controle sobre os deveres estatais de defesa, proteção e promoção dos direitos fundamentais de acordo com as respectivas reservas que afetam a realização desses direitos.

##### 4.1. VÁRIOS CRITÉRIOS COMO FUNDAMENTO DA DISTINÇÃO ENTRE DIREITOS DE LIBERDADE E DIREITOS SOCIAIS

Na doutrina portuguesa, numa tendência que não representa uma originalidade nacional,<sup>49</sup> estão bem arreigadas três grupos de orientações<sup>50</sup> em matéria de contraposição entre di-

---

<sup>49</sup> Referindo-se à doutrina germânica, ALEXANDRINO, José de Melo, *A estruturação do sistema...* Vol. II, *op. cit.*; p. 216 e nota 888, e MEDEIROS, Rui, *Direitos, Liberdades e Garantias e Direitos Sociais: entre a unidade e a diversidade*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. I, Coimbra Editora, 2010, p.658.

<sup>50</sup> Segundo ALEXANDRINO, José de Melo, *A estruturação do sistema ...* Vol. II,

reitos de liberdade e direitos sociais: as teses absolutizadoras, que se posicionam de maneira tradicional quanto à distinção; as teses intermédias ou relativizadoras da contraposição, onde percebemos ainda certos traços ou critérios do entendimento tradicional da distinção; e as teses negadoras da distinção que numa concepção moderna, propõem uma dogmática unitária, defendendo um único regime jurídico para os dois tipos de direitos fundamentais. Assim, com exceção das teses negadoras da distinção, as demais têm recorrido a diversos critérios ou traços típicos, sejam eles simples ou combinados para explicar o porquê da distinção e de um regime jurídico especial de proteção privilegiada apenas aos direitos de liberdade ou aos direitos de natureza análoga a estes.

Vejamos quais são as luzes (argumentos favoráveis) e as sombras (argumentos contrários) de alguns critérios utilizados para essa diferenciação entre os direitos de liberdade e os direitos sociais.

#### A) CRITÉRIOS IDEOLÓGICOS:

De acordo com este critério, os direitos, liberdades e garantias estão associados ao Estado Liberal e ao princípio da liberdade. A concepção constitucional no Estado de Direito Liberal, de origem burguesa, assentava em três pilares essenciais, a liberdade, a segurança e a propriedade, reservando-se ao Estado a função principal de garantia desses valores, sobretudo obrigando-se a não atuar restritivamente nessas matérias.

Para a teoria burguesa, os direitos fundamentais correspondem a direitos como a liberdade de consciência, a inviolabilidade de domicílio e da correspondência, a propriedade privada. Estes direitos puderam garantir os interesses da classe bur-

---

*op., cit.*; respectivamente, p. 216 e nota 887, “essa marca vem já da Assembleia Constituinte”. “Mesmo sob a Constituição de 1933, essas três orientações estavam presentes na doutrina, com Miguel Galvão Teles a radicalizar a separação, Jorge Miranda a negá-la e Marcello Caetano a relativizá-la”.

guesa de manutenção do controle sócio-econômico, o que justifica a não integração dos direitos civis e políticos (liberdade de reunião, de manifestação, de associação ou direito ao voto)<sup>51</sup>.

Nesse sentido, os direitos de liberdade são considerados direitos de natureza negativa, que procuram garantir um espaço de autonomia e defesa do cidadão em relação ao poder público, exigindo-se do Estado uma posição negativa de omissão, de não atuação impeditiva ou restritiva dessa liberdade individual.

Os direitos sociais estão associados a uma concepção de Estado Social e relacionados com os princípios da igualdade material e da solidariedade. Diferentemente dos direitos de liberdade, os direitos sociais apresentam-se como direitos de natureza positiva, que traduzem em pretensões jurídicas a prestações positivas e que impõem ao Estado um dever de agir em que este tem de assumir-se como prestador de serviços. A constitucionalização dos direitos sociais, se deu após o liberalismo, através de sucessivas conquistas dos trabalhadores, num processo de luta bastante difícil.

Este tipo de distinção, com base no critério ideológico, concretiza-se através de outros critérios: *i*) Critério da matriz, em que os direitos de liberdade surgem como de matriz liberal e os direitos sociais como de matriz social. Este critério, como vimos, foi utilizado na elaboração de tratados internacionais como também na organização da sistemática constitucional da CRP<sup>52</sup>; *ii*) Direitos inerentes ao gênero humano, em que os

---

<sup>51</sup> Nesse sentido, NOVAIS, Jorge Reis, *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, Lisboa, 2006, Coimbra Editora, pp. 59 e ss.

<sup>52</sup> Mas como bem se posiciona MOREIRA, Isabel, *A Solução dos Direitos... op., cit.*; p. 182, “ a guerra fria institucionalizada entre um princípio de feição liberal e humanista e um outro coletivista foi sendo desconstruída pelas sucessivas revisões constitucionais e pela própria *praxis* do texto, o que pode ser ilustrado pelo facto de não existir 'uma única decisão política, legislativa ou administrativa, após a entrada em vigor da Constituição, que tenha dado implementação às ideias de transição para o socialismo, desenvolvimento do processo revolucionário ou desenvolvimento das relações de produção socialista'; (...). Está pois mais que chegada a hora de, libertados de amarras ideológicas, procurarmos o sentido último da diferenciação constitucional entre uns e outros direitos”.

direitos de liberdade pertencem ao ser humano enquanto tal, como pessoa, ou em aspectos incidíveis da sua personalidade e determinam-se por exclusão das partes. Os direitos sociais são direitos e deveres fundamentais especiais e se restringiriam a certos campos específicos constitucionalmente determinados. Neste critério vemos uma sombra, pois esta tese tradicional de distinção entre os dois tipos de direitos fundamentais com base na sua relação com a pessoa humana pode ser contrariada com o argumento de que os direitos sociais também se encontram nessa condição.

Iluminando a questão, Canotilho diz: “De um modo simples pode dizer-se que, na generalidade, os direitos e liberdades individuais são indissociáveis dos referentes económicos, sociais e culturais. O paradigma da liberdade igual, razoável e racionalmente estruturado em termos de uma justiça ou de uma moralidade jurídico-constitucionalmente plasmada, presuppõe uma ordem jurídico-constitucional de reciprocidade. E esta ordem assenta, sem subterfúgios, em ideias já intensamente trabalhadas pelos movimentos sociais; direito à vida e integridade física, mas também direito a cuidados e prestações asseguradoras de corpo e espírito são; direitos à inviolabilidade de domicílio, mas também a “ter lar”; direito à liberdade de escolha de profissão, mas também direito a ter um posto de trabalho”<sup>53</sup>.

Portanto, cada vez mais, os direitos sociais são tidos como garantia de acesso a uma existência condigna e, nessa medida, apresentam-se igualmente relacionáveis com a dignidade da pessoa humana.

---

<sup>53</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Estudo sobre direitos fundamentais*, 2ª edição, 2008, Coimbra editora, p. 106. Precisamente nesse sentido, MOREIRA, Isabel, *A Solução dos Direitos... op., cit.*; p.248, “Os direitos de liberdade são garantantes *imediatos* da existência, no sentido de esfera da autonomia individual, ao passo que os direitos sociais são garantantes *mediatos* dessa mesma existência. (...) A imbricação teleológica dos direitos dá-se no ponto em que imediata e mediatamente se visa a condição de existência sem a qual não há, verdadeiramente, liberdade”.



## B) CRITÉRIO CRONOLÓGICO:

Embora a classificação dos direitos fundamentais em gerações sirva para expor a sua evolução ao longo do processo histórico, alguns doutrinadores recusam essa terminologia, optando por falar em “dimensões”, argumentando que o uso da expressão “gerações” transmite uma ideia equivocada de que existe um fenômeno de substituição de uma geração para a outra.

Para o autor André Salgado Matos, “a ideia de uma sequencialidade perfeita, segundo a qual aqueles (os direitos de liberdade) seriam direitos fundamentais de primeira geração e estes (os direitos sociais) direitos fundamentais de segunda geração, “direitos jovens”, (...) não é aceitável, e a realidade histórica demonstra-o: (...) As Constituições liberais portuguesas incluem já verdadeiros direitos sociais embrionários, consagrados em normas que hoje seriam consideradas programáticas. Assim, a Constituição de 1822, (...), refere-se aos 'Estabelecimentos de instituição pública e de caridade', impondo ao Estado os deveres da sua criação e manutenção (...) Também a Carta contém (...) regras sobre salubridade das cadeias, a garantia dos socorros públicos, da instrução primária e de 'Colégios e Universidades, onde serão ensinados os Elementos da Ciência, Belas Artes e Artes'. Estas três últimas garantias encontram-se também na Constituição de 1832 (...) A Constituição de 1911 continua a garantir o ensino primário gratuito (...)”<sup>54</sup>.

Portanto, embora os direitos de liberdade sejam direitos reconhecidos na fase liberal da evolução do Estado de Direito,

---

<sup>54</sup> MATOS, André Salgado de, *O direito ao ensino na Constituição de 1976: Contributo para uma dogmática unitária dos direitos fundamentais*, Relatório do seminário de mestrado em Direitos Fundamentais na Faculdade de Direito de Lisboa no ano letivo de 1997/1998, pp. 5 e 6. Referindo-se aos mesmos exemplos, MOREIRA, Isabel, *A Solução dos Direitos... op., cit.*; p. 182 e 183.

e os direitos sociais reconhecidos na fase social do Estado de Direito, não podemos identificar uns e outros com base no critério cronológico, mesmo porque observamos hoje, com consagração constitucional, os chamados direitos de terceira e quarta geração.

No entanto, vemos aqui uma luz no critério cronológico no que se refere à concretização legislativa para uma distinção (e não para um divórcio) dos dois tipos de direitos fundamentais. E essa luz vem novamente do Professor Canotilho ao dizer que “Sob o ponto de vista jurídico-constitucional e jurídico-dogmático os 'direitos sociais' estão hoje na mesma situação em que estavam os direitos, liberdades e garantias individuais há mais de cinquenta anos. Se, nessa época, a conhecida 'teoria da regulamentação das liberdades' implicava tornar a eficácia dos direitos individuais dependente da *interpositio legislatoris*, também agora se insiste na tese de que o legislador tem uma completa liberdade de conformação e, por isso, sem a intervenção constitutiva da lei 'não existem' direitos sociais”<sup>55</sup>. Quanto a esse aspecto, realmente não se pode negar que os direitos sociais têm a sua eficácia depende de regulamentação infra-constitucional. É através da lei ordinária que os direitos sociais criam “corpo e vida”. Mais adiante veremos que alguns doutrinadores da corrente negadora da contraposição defendem que os direitos sociais, após serem concretizados por lei, em nada diferenciam dos direitos de liberdade que revestem a configuração de direitos positivos.

### C) CRITÉRIOS MATERIAIS:

Estes critérios de distinção pode incidir tanto sobre o objeto quanto ao conteúdo dos direitos fundamentais e integram alguns dos mais controversos fatores de qualificação.

---

<sup>55</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Estudo sobre direitos fundamentais... op., cit.*; p. 104 e 105.

Quanto ao objeto, pode dizer-se que os direitos sociais envolvem bens econômicos, sociais e culturais e que os direitos de liberdade, são, principalmente, direitos pessoais e políticos. Mas tal critério não pode ser estanque uma vez que entre os catálogos dos dois tipos de direitos se misturam as espécies de bens a proteger. A principal projeção dos direitos previstos nos arts. 38.º e 40.º da CRP, por exemplo, não é pessoal mas institucional ou coletiva<sup>56</sup>. Ainda devemos lembrar que os direitos sociais (por ex., arts. 63.º, 64.º, 65.º, 66.º, 74.º, 78.º, 79.º) são “autênticos direitos subjetivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justicialidade e exequibilidade imediatas. Nem o Estado nem terceiros podem agredir posições jurídicas reentrantes no âmbito de proteção destes direitos (ex. Saúde) – cfr. Acs TC n.º 39/84 e 101/92”<sup>57</sup>. Por isso, seria um equívoco afirmar que estes direitos estariam mais distantes de um radical subjetivo em estreita conexão com a dignidade da pessoa humana<sup>58</sup>.

No que diz respeito ao critério do conteúdo, tradicionalmente afirma-se que, genericamente, os direitos de liberdade conferem, ao seu titular, uma proteção contra a agressão do Estado, ao passo que os direitos sociais conferem o direito a uma prestação positiva de certas atividades por parte do Estado<sup>59</sup>. Mas tal distinção não tem tanta utilidade já que os direitos fundamentais apresentam um caráter complexo e multifacetado, sendo que a forma mais apropriada de representar a diver-

---

<sup>56</sup> MATOS, André Salgado de, *O direito ao ensino... op., cit.*; p. 7.

<sup>57</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional... op., cit.*, p. 476. Com entendimento próximo, MATOS, André Salgado de, *O direito ao ensino... op., cit.*; p. 7.

<sup>58</sup> Nesse sentido, SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 10ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009, pp. 322-323, afirma que “é no direito à saúde (...) que se manifesta de forma mais contundente a vinculação do seu objeto (prestações materiais na esfera da assistência médica, hospitalar, etc.), com o direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana”.

<sup>59</sup> Nesse sentido, NABAIS, José Casalta, *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*, Coimbra Editora, 2007, pp.14-18.

sidade dos seus conteúdos seria a de “um feixe de faculdades ou poderes de tipo diferente e diverso alcance, apontados em direcções distintas”<sup>60</sup>. Nesse sentido, os direitos de liberdade exigem por parte do Estado prestações positivas, jurídicas e fáticas que garantam a sua efetivação. No próximo critério veremos que existem certos direitos de liberdade que possuem normas não exequíveis por si mesmas e, por isso, exigem a prestação positiva do ato legislativo que lhes dê exequibilidade.

Assim, para cada direito fundamental assinalam-se níveis variados de conteúdo, onde além de um conteúdo principal (ou núcleo essencial), que corresponde às faculdades típicas do direito, existe um conteúdo instrumental - que inclui outras faculdades ou deveres necessários à efetivação do direito<sup>61</sup>. O desenvolvimento do conteúdo em níveis sucessivos, ou “camadas envolventes”<sup>62</sup>, é seara de colheita de outros fatores de classificação dos direitos fundamentais.

No plano das situações analíticas (sendo esse critério técnico-jurídico), Robert Alexy<sup>63</sup> desenvolveu uma das mais conhecidas e originais teorias neste aspecto, que distingue entre o “direito como um todo” (ou direito fundamental completo<sup>64</sup>), “direito principal” e “direitos instrumentais” (pretensões jurídicas ou posições). No sistema de posições jurídicas fundamentais desenvolvido pelo autor alemão, os direitos fundamentais podem ser divididos em três tipos de posições: *i*) direitos a alguma coisa – pretensões individuais dirigidas ao Estado que inclui ações positivas e negativas; *ii*) liberdades – faculdade do titular de fazer ou não-fazer; e *iii*) competências – possibilidade do titular alterar a situação jurídica através de ações próprias.

---

<sup>60</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4ª edição, Almedina, 2009, p. 163.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 165.

<sup>62</sup> Termo utilizado por Vieira de Andrade, *ibidem*, p. 165.

<sup>63</sup> ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 5ª edição, Kiel, 2006, Suhrkamp Verlag, tradução para português de Virgílio Afonso da Silva, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, São Paulo, Malheiros Editores, 2008, pp. 193 – 248.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 248-249.

Uma vez que despreza o paradoxo direitos de liberdade/direitos sociais para tratar os direitos como um todo, essa construção teórica de Alexy rompe com as habituais concepções da doutrina tradicional, buscando as diferenças na estrutura interna de cada direito. Assim, por exemplo, o direito à vida considerado direito principal (direito a alguma coisa), integra o direito a cuidados de saúde como direito instrumental (direito a ações positivas fáticas<sup>65</sup>). O que tradicionalmente se designa por direitos sociais, enquanto pretensões ou direitos a prestações, apresentam-se, em regra, como direitos instrumentais necessários e integrantes de um direito principal.

Por fim, e ainda quanto ao conteúdo, costuma-se distinguir os direitos fundamentais com base na sua determinabilidade. Nos direitos de liberdade o seu “conteúdo é essencialmente determinado ou determinável ao nível das opções constitucionais, ao passo que nos direitos sociais, o seu conteúdo principal terá de ser, em maior ou menor medida, determinado por opções do legislador ordinário, ao qual a Constituição confere poderes de determinação ou concretização”<sup>66</sup>.

Por esse fato, os direitos sociais estariam dependentes de condicionalismos extra-jurídicos, de ordem econômica, política e social, ou seja; estariam sujeitos a uma “reserva do possível”, já os direitos de liberdade, quando não estiverem integralmente determinados no plano constitucional, a sua determinação irá depender apenas da emissão de normas que lhes confirmem exequibilidade podendo ser realizadas através de regras gerais de interpretação jurídica pelas autoridades responsáveis de sua aplicação.

Mas será que essa diferenciação poderia ser levada até às últimas consequências? Não estariam os direitos de liberdade (pelo menos alguns ou pelo menos em parte) também dependentes da “reserva do possível” para serem concretizados?

---

<sup>65</sup> *Ibidem*, esquema da p. 203.

<sup>66</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais...*, op., cit.; p. 176.

E, se a resposta for positiva, o que diferenciaria - para fins de aplicação do regime jurídico especial - um direito de liberdade que reveste a configuração de direito positivo de um direito social após a conformação legislativa de ambos? É o que veremos com mais detalhes no próximo (e último) critério.

## D) CRITÉRIOS ESTRUTURAIS

Parece ser “nos critérios estruturais que se joga de modo decisivo o esclarecimento do problema”<sup>67</sup>, ou que pelo menos “podem fundamentar mais adequadamente uma possível distinção entre direitos de liberdade e direitos sociais”.<sup>68</sup>

Assim, consoante às perguntas: “Qual é o critério jurídico que permite distinguir os direitos análogos aos direitos de liberdade dos restantes direitos constantes da parte dos direitos sociais para fundamentar a aplicabilidade do regime de proteção privilegiada” ? Ou ainda, “o que distingue para os efeitos de proteção especial, o conjunto dos direitos do título II de um outro não menos heterogêneo, os direitos fundamentais do título III” ? A resposta pode estar mais próxima dos critérios estruturais.

Existem alguns direitos cuja estrutura estão mais adaptadas à aplicabilidade do referido regime que outros. Características atinentes à natureza positiva ou negativa do direito em questão, à maior ou menor determinabilidade do seu conteúdo (ou *densificação constitucional*<sup>69</sup>) ou à natureza dos deveres estatais envolvidos na respectiva realização dos direitos fundamentais podem fundamentar mais adequadamente uma pos-

---

<sup>67</sup> ALEXANDRINO, José de Melo, *A estruturação do sistema ...* Vol. II, *op., cit.*; p. 232. Mas o autor reconhece que estes critérios estruturais são “ainda assim incapazes de conduzir a uma distinção definitiva e cortante” por tal “não ser possível ou sendo apenas em termos tendenciais”( *ibidem*, p. 232 e nota 968).

<sup>68</sup> NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Sociais ...op., cit.*; p. 342.

<sup>69</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *A Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª ed., 2007, p. 374.

sível distinção entre os dois tipos de direitos.

No entanto, critérios deste tipo só servirão como fundamento de distinção quando considerarmos os direitos fundamentais na sua dimensão principal, ou seja, dimensão de prestação fática ou estrutura de direito positivo nos direitos sociais, dirigidos a um *facere estatal* – o Estado deve promover esse tipo de direito; e dimensão de defesa ou estrutura de direito negativo nos direitos de liberdade – o Estado deve respeitar esse outro tipo de direito. Já quando consideramos faculdades, garantias ou direitos particulares integrantes do direito fundamental como um todo, veremos que as diferenças aí se esbatem ou desaparecem.

No que se refere à dimensão principal dos dois tipos de direitos, a diferença acolhida pela Constituição portuguesa entre direitos de liberdade e direitos sociais, para efeitos de diferenciação de regimes jurídicos de proteção, assenta na combinação de dois critérios estruturais: *i*) a diferente determinabilidade de conteúdo constitucional dos direitos em causa e, *ii*) a diferente natureza dos deveres estatais diretamente envolvidos, com a consequente diferença de natureza das reservas que o afetam.

A partir de agora, veremos quais são os argumentos favoráveis (luzes) e os argumentos contrários (sombras) quanto à diferenciação dos dois tipos de direitos fundamentais através dos critérios mencionados.

#### 4.1.1. LUZES SOBRE A CONCEPÇÃO TRADICIONAL DA DIFERENTE DETERMINABILIDADE DO CONTEÚDO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS DE LIBERDADE E DOS DIREITOS SOCIAIS

Parece ser pacífico na doutrina o entendimento tradicional<sup>70</sup> de que:

---

<sup>70</sup> Esse entendimento tradicional vem da Assembleia Constituinte com os argumen-

a) nos direitos sociais – o seu conteúdo enquanto direito constitucional é caracterizado por uma indeterminabilidade inata, não sendo possível, através dos meios da interpretação jurídica, delimitar a partir das normas constitucionais de direitos sociais um conteúdo suficientemente preciso que permita concluir qual a prestação ou o dever a que o Estado está juridicamente obrigado e que permita a concretização do respectivo conteúdo normativo em pretensões ou direitos individuais a exigir uma determinada prestação do Estado. Desse modo, não sendo, em regra, direitos juridicamente vinculativos, seria inviável reconhecer os direitos sociais - que apresentam acentuado cunho programático - como verdadeiros direitos subjetivos, justiciáveis e diretamente aplicáveis a partir da sua consagração constitucional. Portanto, cabe ao legislador ordinário, de acordo com as disponibilidades financeiras do Estado (reserva do financeiramente possível) e de acordo com as margens de avaliação e opção políticas decorrentes do princípio democrático (reserva do politicamente adequado ou oportuno), determinar em cada direito social, o que fica a encargo do Estado e o que pode o cidadão exigir judicialmente.

b) nos direitos de liberdade – ao contrário dos direitos sociais, o seu conteúdo enquanto direito constitucional é caracterizado por uma determinabilidade inata, sendo possível, através dos meios da interpretação jurídica, delimitar a partir das normas constitucionais de direitos de liberdade um conteúdo suficientemente preciso que permite concluir qual a prestação ou o dever a que o Estado está juridicamente obrigado. Nestes termos, os direitos de liberdade têm um acentuado cunho preceptivo, podendo a maioria deles serem reconhecidos como verdadeiros direitos subjetivos, justiciáveis e diretamente aplicáveis a partir da sua consagração constitucional, pois como já

---

tos do Deputado Costa Andrade do P.P.D. em defesa da divisão operada entre os dois tipos de direitos fundamentais. Para maiores consultas, ALEXANDRINO, José de Melo, *A estruturação do sistema ...* Vol. I, *op., cit.*; pp. 590 – 591 e 232.



referimos “o conteúdo desse tipo de direito fundamental é essencialmente determinado ou determinável ao nível das opções constitucionais e não por opções do legislador ordinário.”<sup>71</sup>

#### 4.1.2. SOMBRAS SOBRE A CONCEPÇÃO TRADICIONAL DA DETERMINABILIDADE DO CONTEÚDO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS DE LIBERDADE

No entanto, esse entendimento tradicional da diferente determinabilidade do conteúdo constitucional dos dois tipos de direitos, começa a ser questionada pelos defensores das teses negadoras e, com um certo assentimento, pelos defensores das teses relativizadoras da distinção entre os direitos sociais e os direitos de liberdade.

Jorge Reis Novais expõe as ideias de alguns autores estrangeiros pertencentes à corrente negadora dessa distinção, menciona que “se é certo que os direitos sociais têm um conteúdo constitucional indeterminado, dessa mesma debilidade sofre a generalidade dos direitos fundamentais, incluindo os tradicionais direitos de liberdade. (...) Qual é o conteúdo preciso dos dispositivos como ' todos têm direito à liberdade de religião', ou à 'liberdade de expressão', à 'liberdade de imprensa' (...) ? Esses direitos ou liberdades incluem, por exemplo, o direito ao consumo de entorpecentes enquanto ritual de culto religioso? Incluem a liberdade de livre comunicação de ideais racistas? Integram a livre divulgação de publicações pornográficas? (...) Obviamente, tal como acontece nos direitos sociais, também o texto da Constituição não dá uma resposta literal a estas interrogações mesmo no domínio dos direitos de liberdade constitucionalmente garantidos”<sup>72</sup>.

<sup>71</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira, *Os Direitos Fundamentais...*, op., cit.; p. 176.

<sup>72</sup> NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Sociais ...op., cit.*, pp.144 – 145 cita como defensores da jusfundamentalidade dos direitos sociais ABRAMOVICH/COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, 2004, pp.122 ss.; G. PISATELLO, *Los Derechos Sociales y sus Garantías*, Madrid, 2007, pp. 76 s. e 83 ss.;

Análise parecida faz Alexandrino quanto à precisão do conteúdo constitucional de alguns direitos de liberdade ao dizer que: “Com efeito, a menos que fossem radicalmente negado o caráter de normas de direito, liberdade e garantia a disposições como as dos artigos 26.º, n.º 2 e 3, ou 32.º, n.º 7, da CRP, parece ser necessário considerar a hipótese da existência de normas de direitos, liberdades e garantias que ( por essencialmente carecidas de concretização e mesmo de conformação legislativa, *maxime* quando se configurem como direitos de normaçoão ) têm a respectiva aplicabilidade directa muito limitada na falta de lei ordinária que, nesse caso, constitui requisito essencial do preenchimento da previsão normativa correspondente”<sup>73</sup>

Jorge Miranda também afirma que vários direitos de liberdade, ou direitos, liberdades e garantias, padecem de determinabilidade do conteúdo na Constituição pelo fato das respectivas normas não serem exequíveis por si mesma e cita como exemplos: “as garantias concernentes à utilização de informática (art. 35.º), a divulgação da titularidade e dos meios de financiamento dos órgãos de comunicação social (art. 38.º, n.º 3), o direito de antena (art. 40.º), a objeção de consciência (art. 41.º, n.º 6), a liberdade de manifestação (art. 45.º, n.º 2), o direito de ação popular (art. 52.º, n.º 3); o direito à segurança no emprego (art.53.º); (...)”<sup>74</sup>.

Portanto, exigindo-se os dois tipos de direitos fundamentais esforços semelhantes de conformação e concretização legais, a contraposição de indeterminabilidade do conteúdo do direito constitucional que até então era justificada fica superada. Será?

---

BERNAL PULIDO, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, 3ª ed., Madrid, 2007, pp. 370 ss.

<sup>73</sup> ALEXANDRINO, José de Melo, *A estruturação do sistema...* Vol. II, op., cit.; pp. 238 – 239.

<sup>74</sup> MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais, Tomo IV*, 4ª edição, 2008, pp. 151 – 152 e 5ª edição, 2012, Editora Coimbra, p. 111

#### 4.1.3. A RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL COMO FATOR SENSÍVEL E ESPECÍFICO DA DISTINÇÃO NO DOMÍNIO DA DETERMINABILIDADE DO CONTEÚDO DOS DOIS TIPOS DE DIREITOS

Apesar de uma indeterminabilidade semântica ( “todos têm direito a ...” ) que afeta boa parte das disposições sobre direitos fundamentais, existe uma diferença “*sensível e qualitativa*”<sup>75</sup> no domínio da determinabilidade do conteúdo dos dois tipos de direito.

Essa diferença (*sensível e qualitativa*) reside no fato de os direitos sociais, na sua dimensão principal, estarem intrinsecamente condicionados pela reserva do financeiramente possível o que dificulta os juizes de chegarem ao conteúdo do direito recorrendo exclusivamente a critérios jurídicos de interpretação da norma constitucional.

Assim, quando o indivíduo não dispõe de recursos necessários para aceder ao bem jusfundamental protegido (saúde, habitação, trabalho) é o Estado que tem que criar (promover) algo que não existe na vida do titular. No entanto, a própria Constituição Portuguesa já pressupõe que o direito do titular só pode ser juridicamente reconhecido sob a reserva das disponibilidades financeiras do Estado - a reserva do financeiramente possível condiciona o próprio direito desde a sua origem e consagração constitucional. Desse modo, no caso concreto, só haverá violação do direito da pessoa se o Estado, no seu dever de promoção, tiver condições financeiras de garantir o direito social e não o fizer. Devido à sua natureza especial, os direitos sociais não são diretamente aplicáveis por invocação do seu titular a partir da norma constitucional, carecendo de conformação e concretização legais para que a pretensão do titular, ou o dever imposto ao Estado (“de tanto quanto possível, promover as condições ótimas de efetivação da prestação estatal em

---

<sup>75</sup> Expressão utilizada por NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Sociais ...op., cit.*; p.147

questão e preservar os níveis alcançados”<sup>76</sup>), passem a ser juridicamente exigíveis ou justiciáveis. Neste tipo de direito, a questão da relativa indeterminabilidade dos deveres constitucionalmente impostos ao Estado, atenua a densidade do respectivo controle judicial. O juízo sobre o modo e o sentido da satisfação de um dever de ação tem uma dimensão de escolha política e possibilidade financeira cujo controle é dificilmente reconduzível aos limites funcionais do poder judicial em Estado de Direito.

Já nos direitos de liberdade, e na sua dimensão principal de defesa, pré-existe uma esfera (ou uma vida) de autonomia e liberdade individual que o Estado tem de respeitar (dever de respeito/defesa). Quando um direito fundamental de liberdade é violado, o juiz pode retirar da própria norma constitucional um conteúdo determinado ou determinável, ou seja; a norma constitucional deste tipo de direito cria ela própria, em termos definitivos, um âmbito de livre acesso ou fruição do bem ou interesse de liberdade protegido pelo direito fundamental, impondo aos poderes constituídos a obrigação de acatarem e garantirem a inviolabilidade e, aos particulares, a possibilidade de reagirem jurisdicionalmente contra eventuais restrições ou violações dessa margem de autodeterminação diretamente conferida pela norma constitucional.

Em termos exemplificativo, quando o Estado expropria alguém sem indenizá-lo, ele viola um direito negativo análogo de liberdade – art. 62.º, n.º 2. O Estado tem o dever de não expropriar sem indenizar (dever de respeitar o direito de propriedade), se o fizer, viola um direito, logo, a pessoa pode reagir perante um tribunal que tem condições jurídicas para reconhecer imediatamente a violação, independentemente do Estado ter dinheiro ou não, e independentemente da efetividade

---

<sup>76</sup> NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Sociais ...op., cit.*; p. 346 e *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, 2003, p. 138.

social ( ou seja, da pessoa dispor ou não de uma justiça eficiente que garanta o seu direito em tempo hábil ), a violação do direito está lá e pode ser reconhecida por qualquer jurista ou até mesmo um leigo no assunto. No entanto, como os direitos de liberdade, na sua dimensão principal, são afetados por uma reserva geral imanente de ponderação, no caso jurídico concreto, havendo outros direitos ou outros bens jusfundamentais suscetíveis de ponderação, pode acontecer que nem todas as faculdades, direitos, pretensões ou garantias inscritos no âmbito de uma norma venham a ser definitivamente garantidas em toda a sua extensão ao titular do direito.

Por outro lado, pode acontecer também que certas faculdades ou pretensões particulares dos direitos de liberdade, os que revestem a configuração de direitos positivos a proteção ou a promoção (faceta instrumental dos DLG), por exemplo, a segurança pública ou assistência religiosa em hospitais públicos, “estejam sujeitos a uma reserva do politicamente oportuno ou adequado, no sentido de que a decisão sobre o quando, o como e o quanto da sua satisfação incumbam, como no caso dos chamados deveres de proteção, a uma decisão essencialmente política dos órgãos do Estado, e pode acontecer que os deveres de promoção do acesso individual à liberdade ( outro exemplo, liberdade de aprender e ensinar ) exijam prestações, apoios, criação de serviços, dependentes de disponibilização financeira e, logo, sujeitos igualmente, àquela reserva do politicamente oportuno ou adequado, como também à reserva do financeiramente possível”<sup>77</sup>.

Nesses casos de proteção e promoção dos direitos de liberdade, coloca-se igualmente a questão da relativa indeterminabilidade dos deveres constitucionalmente impostos ao Estado e, conseqüentemente, atenua-se a densidade do respectivo controle judicial, pois da mesma forma que os direitos sociais - e aqui as diferenças entre os dois tipos de direitos fundamentais

---

<sup>77</sup> NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Sociais ...op., cit.*; p. 150.

se esbatem<sup>78</sup>; o juízo sobre o modo e o sentido da satisfação de um dever de ação tem uma dimensão de escolha política e possibilidade financeira cujo controle é dificilmente reconduzível aos limites funcionais do poder judicial em Estado de Direito. Já o controle de um dever de omissão (o Estado não deve fazer, deve respeitar), é funcionalmente adequado aos limites de decisão judicial exclusivamente fundada em critérios jurídico-constitucionais.

Portanto, no plano da norma constitucional não há como desvalorizar a sensível diferença qualitativa existente entre DESC e DLG no que toca à respectiva determinabilidade nas suas correspondentes dimensões principais.

No fundo, a diferença entre os dois tipos de direitos está intimamente relacionada às diferentes reservas que os afetam desde o princípio: reserva geral imanente de ponderação (dever estatal de respeito) onde o juiz dispõe de uma margem total de apreciação no caso de violação do direito em causa - já que ele pode retirar da própria norma constitucional um conteúdo determinado ou juridicamente determinável; a reserva do politicamente adequado ou oportuno (dever estatal de proteção) onde o juiz não tem uma margem suficiente para impor ao legislador a adoção de uma certa modalidade de proteção do direito fundamental, por exemplo, impor ao legislador uma determinada e específica atuação de criminalização; e a reserva do financeiramente possível (dever de promoção) onde a margem de atuação do juiz torna-se ainda mais restrita<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> Para MEDEIROS, Rui, *Direitos, Liberdades e Garantias e Direitos Sociais... op., cit.*; p. 663, quando os direitos de liberdade assumem um caráter essencialmente fático, “num fenómeno inverso àquele que se encontra previsto no artigo 17.º, as dimensões em causa dos direitos, liberdades e garantias apresentam uma estrutura análoga à dos direitos sociais. (...) a especificidade estrutural dos direitos sociais conduz, justamente, ao reconhecimento dos 'efeitos perversos' de uma 'aproximação absoluta' ao significado jurídico das normas que consagram este tipo de direitos fundamentais”.

<sup>79</sup> Para NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Sociais ...op., cit.*; p. 117, embora a separação dos poderes impeça o juiz de apreciar a existência de recursos disponíveis para a

#### 4.1.4. O PROBLEMA DOS DIREITOS A PRESTAÇÕES DERIVADOS DA LEI ENQUANTO DIREITOS INTEGRANTES DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

Jorge Reis Novais embora defenda que os direitos sociais, na sua dimensão principal de prestação fática, sejam direitos sob reserva do financeiramente possível e, por este motivo, indeterminados no plano constitucional<sup>80</sup>, entende que esta indeterminabilidade de conteúdo do direito social é superável, no tempo, através da correspondente atuação do legislador ordinário. Para este autor, “a partir do momento em que o legislador ordinário fixa, com elevado grau de decisão e certeza – até por razões de segurança jurídica e igualdade – o conteúdo exigível do Estado, o direito social passa a adquirir na ordem jurídica um grau pleno de definitividade e densidade até bastante superiores aos que apresenta, em geral, a conformação legal dos direitos de liberdade”<sup>81</sup>.

Paradoxalmente, os direitos de liberdade por serem, em geral, direitos sujeitos “a uma reserva imanente de ponderação com os bens que apresentem, no caso concreto, um maior peso, estão permanentemente sujeitos a ceder pontualmente em função da necessidade de realização desses outros bens (...) o que impõe ao legislador uma contenção de concretização que objetivamente o limita à fixação de um quadro suficientemente aberto à posterior intervenção decisória da administração e

---

efetivação dos direitos sociais, nada impede que ele possa apreciar se as dificuldades financeiras apontadas pelo legislador são suficientemente relevantes, do ponto de vista do interesse público, para afastar ou fazer ceder as pretensões individuais, e se o procedimento seguido para se chegar à decisão de prioridade, bem como os respectivos consensos, não merecem censura.

<sup>80</sup> “Conferir aos direitos sociais um conteúdo muito preciso significaria a impossibilidade de o Estado, obrigado posteriormente ao cumprimento estrito das imposições constitucionais, ser capaz de reagir rápida e adequadamente à modificação das condições econômicas”. (*Idem, ibidem*, p. 143).

<sup>81</sup> *Ibidem*, pp. 152 – 153.

tribunais, uma vez que só eles estão em condições de apreender e avaliar adequadamente todos os dados fáticos e jurídicos de realização do direito no caso concreto<sup>82</sup>. Por esse fato, a partir do momento em que o legislador infraconstitucional concretiza com precisão o conteúdo do direito social, este adquire uma nova dimensão – a de um direito subjetivo, tornando-se juridicamente vinculativo e justiciável. E, “sem que se defenda a elevação das normas ordinárias concretizadoras de direitos sociais a normas formalmente constitucionais, essas normas ordinárias, da mesma forma como já acontecia com os direitos de liberdade, passam a integrar, com as normas constitucionais a que dão realização, uma unidade sistemática, ou uma imbricação entre 'direito da Constituição' e 'direito da lei' de natureza material jusfundamental que, enquanto tal, é retirada à livre disponibilidade dos titulares do poder público”<sup>83</sup>. Assim, “os direitos sociais vivem nos direitos a prestações concretizados na lei, estes últimos são, portanto, o corpo dos direitos fundamentais sociais”<sup>84</sup>.

Por fim Novais deixa claro que o direito que a norma ordinária consagra ao direito social, “tal como acontece com os direitos de liberdade, pode ser restringido, como qualquer outro direito fundamental, mas com justificação suficiente e bastante, e só com base em razões capazes de fazer ceder um direito fundamental de valor constitucional”<sup>85</sup>, ou seja; mediante uma ponderação de valores para proteger outros bens jurídicos que devam prevalecer.

Defendendo uma dogmática unitária dos direitos fundamentais por haver espaços de preceptividade em todos os direitos fundamentais, André Salgado de Matos entende que a partir do momento em que o direito social é concretizado, isto

---

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 153.

<sup>83</sup> *Ibidem*, pp. 175 – 176.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 178.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 178.



é, “na medida em que (já) não está sob reserva do possível”<sup>86</sup>, nada separa o direito em questão de um 'direito, liberdade ou garantia' consagrado numa norma preceptiva não exequível por si mesma”<sup>87</sup>. Desse modo, as futuras intervenções do legislador no conteúdo desse direito terão que observar o regime jurídico aplicado ao direitos de liberdade, incluindo a disciplina constitucional das restrições.

Em relação à natureza e o regime aplicáveis aos direitos a prestações derivados da lei, Alexandrino, diferentemente de Novais e Matos, entende que os direitos derivados a prestações “não são direitos fundamentais, embora beneficiem em parte do regime destes. As razões desta divergência prendem-se, muito simplesmente, com o conceito de direito fundamental”<sup>88</sup>. Vejamos as ideias deste autor:

Começando pelo conceito de direito fundamental, o autor irá defini-lo como “uma situação jurídica das pessoas perante os poderes públicos consagrada na Constituição”<sup>89</sup>. Por serem situações jurídicas positivadas na Constituição retira-se daí diversas consequências: a) os direitos deixam de ser meras proclamações para converterem-se em realidades jurídicas operativas, b) por estarem previstos na Constituição, os direitos

---

<sup>86</sup> Novais discorda de Matos quanto ao entendimento de que a concretização do conteúdo do direito social o afasta da reserva do financeiramente possível. Para o primeiro autor, não é pelo fato de um direito ter sido concretizado que ele deixa de estar sob a reserva do possível. Se o Estado tiver novas dificuldades financeiras poderá restringir o direito com o argumento destas dificuldades, mas enquanto a lei concretizadora estiver em vigor o legislador tem de cumpri-la. E isto é assim com qualquer direito, seja de liberdade ou social.

<sup>87</sup> MATOS, André Salgado de, *O direito ao ensino...*, op., cit., p. 16.

<sup>88</sup> ALEXANDRINO, José Melo, *Notas Sobre uma Concepção dos Direitos Fundamentais Sociais*, Tópicos preparados para o Debate sobre Direitos Sociais realizado em 2 de março de 2012, com a participação dos Professores Jorge Miranda, Ingo Sarlet, Jorge Reis Novais, Luís Pereira Coutinho e o signatário, no âmbito do Curso “Os Direitos Sociais como Direitos Humanos e Fundamentais – uma perspectiva transconstitucional”, lecionado pelo Prof. Doutor Ingo Sarlet na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, entre 27 de fevereiro a 2 de março de 2012, pp. 3 e 4.

<sup>89</sup> ALEXANDRINO, José Melo, *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*, Editora Pricipia, 2ª edição, 2011, p. 23.

fundamentais apresentam-se como garantias jurídicas contra o legislador (são trunfos contra ele), estando este proibido de afetar inconstitucionalmente o seu conteúdo, os direitos fundamentais vinculam diretamente todos os poderes públicos, constituindo, além disso, parâmetro material das decisões dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais e, por tudo isso, dispõem de um conjunto de instrumentos sancionatórios (que vai de mecanismos de fiscalização da constitucionalidade até meios específicos de tutela)<sup>90</sup>.

Ainda segundo este autor, essas situações jurídicas dos direitos fundamentais são revestidas de certas características básicas: a) são fundamentais (porque esses direitos desenham respostas e necessidades fundamentais e constantes do ser humano, relativa às esferas da existência, da autonomia e do poder); b) são universais (ainda que se apresentem, por vezes, atribuídos a categorias de pessoas, são direitos de todas as pessoas); c) permanentes (são direitos que não podem ser e deixar de ser, apenas se extinguindo pela morte do respectivo titular ou por uma decisão de valor constituinte que suprima o direito); d) pessoais (estão estritamente ligados à pessoa, à sua vida e personalidade, sendo dela inseparáveis); e) não patrimoniais (são direitos insuscetíveis de avaliação pecuniária, são intransmissíveis e inexpropriáveis); e f) indisponíveis (o caráter inalienável do direito vincula não só o Estado como o próprio titular)<sup>91</sup>.

Embora essas características serem comuns quer aos DLG, quer aos DESC, elas permitem distinguir os direitos fundamentais de outros tipos de situações jurídicas como, por exemplo, os direitos derivados a prestações - o direito ao subsídio desemprego, o direito à pensão de reforma, o direito ao rendimento social de inserção, entre outros; não são fundamentais, nem são permanentes, nem são universais, nem são pesso-

---

<sup>90</sup> *Ibidem*, nota 37, pp. 23 - 24

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 24.

ais, nem inalienáveis<sup>92</sup>.

Nesse sentido, apesar de aparente proximidade, os direitos sociais não se confundem com os direitos a prestações derivados da lei (que constituem uma das formas de concretização daqueles), uma vez que tudo os separa em termos técnicos.

Os direitos a prestações derivados da lei<sup>93</sup> são, por regra, situações analíticas criadas e concretizadas por lei, têm um objeto, um conteúdo e um destinatário bem definidos e são direitos subjetivos (públicos) inteiramente exigíveis em tribunal. Já os direitos sociais são direitos fundamentais, reunindo todas as características destes, são situações jurídicas compreensivas colocadas no plano constitucional, estão automaticamente sujeitos ao regime geral ou comum dos direitos fundamentais, não estando à partida excluído que certas das dimensões de alguns deles, por terem natureza análoga, possam beneficiar do regime específico dos direitos, liberdades e garantias, não têm por regra um conteúdo determinado e por regra não podem qualificar-se como direitos subjetivos<sup>94</sup>.

Portanto, nos direitos sociais, “cujo caráter subjetivo é apenas residual, a respectiva promoção é, acima de tudo, competência e um dever do legislador – o que, numa democracia de Estado de Direito, significa que compete aos próprios destinatários da norma: ( ...) devendo o Tribunal Constitucional, por princípio, respeitar o poder da maioria, desde que esta não ultrapasse os limites constitucionais. Em qualquer das situações (de concretização jurídica-interpretativa ou jurídica-política), a legitimidade do Tribunal Constitucional está dependente da plausibilidade do conteúdo normativo de determinadas posições jurídicas”<sup>95</sup>.

---

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>93</sup> “(...) sem que tal signifique a ausência de uma articulação constitucionalmente relevante entre a norma (constitucional) de direito fundamental social e a norma (legal) de direito a prestações (...)”; *ibidem*, p. 157.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 157.

<sup>95</sup> ALEXANDRINO, José Melo, *A estruturação do sistema ...* Vol. II, op. cit., pp.

Para Jorge Miranda a recondução à unidade o professor Novais só a consegue ao traduzir, algo forçadamente, os direitos sociais em direitos de liberdade e quando analisa as normas legais concretizadoras e conformadoras dos direitos. Mas o confronto tem de situar ao nível das normas constitucionais, e não ao das normas legislativas. “E, justamente, a eventual menor determinabilidade das normas legais regulamentadoras de direitos de liberdade resulta da natureza destes direitos, deixados tanto quanto possível à decisão de conformação e exercício dos próprios titulares”<sup>96</sup>.

Com essas objeções em relação aos direitos a prestações derivados da lei, mas sem se negar o status de “fundamentais” aos direitos sociais originários da Constituição, perguntamos: para onde caminha a doutrina? Para uma dogmática unitária, que num plano de construção científica defende um único regime para os direitos fundamentais, ou para uma contraposição absolutizadora dos dois tipos de direitos? A resposta parece estar num meio termo, defendido pelas teses intermediárias da distinção, que acreditam que a sistematização dos direitos fundamentais na Constituição Portuguesa possui uma componente unitária (de fundamentalidade, afetações, violação) e outra não (no âmbito de proteção entre esses direitos). Assim, se numa “dimensão axiológica é possível descortinar no sistema constitucional português uma unidade de sentido, já no plano estrutural (tomando cada direito fundamental como um todo e não cada uma das pretensões específicas nele integradas<sup>97</sup>) a diversidade constitui uma marca indelével”<sup>98</sup>.

---

223-224

<sup>96</sup> MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional... op., cit.; Tomo IV*, 5ª edição, p. 110 e 4ª edição, 2008, pp. 149 – 150.

<sup>97</sup> MEDEIROS, Rui, *Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais... op., cit.*; pp. 661 – 662.

<sup>98</sup> Nesse sentido, MEDEIROS, Rui, *Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais... op., cit.*; p. 658; CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional... op., cit.*; p. 403; MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional... op., cit.; Tomo IV*, 5ª edição, p. 101; MOREIRA, Isabel, *A Solução dos Direitos... op.,*

O próprio artigo 17.º da CRP acaba por corroborar uma solução intermédia ao reconhecer o carácter efetivo dos direitos sociais ou das dimensões desses direitos na parte em que estruturalmente o permitam<sup>99</sup>. Como referimos, “a Constituição não consente num puro divórcio entre direitos de liberdade e direitos sociais, mas ao mesmo tempo pressupõe que muitos destes direitos sociais não são tecnicamente assimiláveis aos direitos, liberdades e garantias”<sup>100</sup>. Para as teses intermédias – é esse o sentido último do artigo 17.º. Por fim, cabe ainda a nós referirmos que o art. 17.º possui uma função residual, algo inteiramente novo ao nível do Direito constitucional comparado, que consiste na posição de direitos fundamentais de tipo “híbrido” ou “bifronte”, que reúnem em si as características técnico-jurídicas qualificadoras tanto dos direitos de liberdade como dos direitos sociais – ex. direito ao mínimo de existência condigna<sup>101</sup>. Tal hipótese, se praticável, constituiria a expressão máxima desta norma de articulação, com repercussão tanto no interior do sistema normativo da Constituição como fora dele, por exemplo, o art. 16.º, n.º 1 da CRP<sup>102</sup>.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

---

*cit.*; p. 239 e ss.; ALEXANDRINO, José de Melo, *O discurso dos direitos*, Coimbra Editora, 2011, p. 179 e ss.

<sup>99</sup> ALEXANDRINO, José Melo, *Direitos Fundamentais... op., cit.*; pp. 49 – 50 e nota 111; ALEXANDRINO, José Melo, *A estruturação do sistema ...* Vol. II, op. cit., p. 263

<sup>100</sup> ALEXANDRINO, José Melo, *Direitos Fundamentais... op., cit.*; p. 50.

<sup>101</sup> No entanto, ALEXANDRINO, José Melo, *Direitos Fundamentais... op., cit.*; p. 50 e nota 112, aponta a dificuldade que advém do direito fundamental do tipo *híbrido* para a tese de que todos os direitos sociais têm um conteúdo mínimo. Para este autor, o eventual conteúdo mínimo ou essencial dos preceitos constitucionais de direitos sociais apenas beneficiará da proteção (prevista no art. 18.º, n.º 3) por força do art. 17.º e nunca como regra geral ou presunção de partida.

<sup>102</sup> ALEXANDRINO, José Melo, *Direitos Fundamentais... op., cit.*; p. 50; ALEXANDRINO, José Melo, *A estruturação do sistema ...* Vol. II, op. cit., pp. 265 – 266.

Por tudo o que foi comparado e relatado neste trabalho, percebemos que a principal distinção entre os direitos de liberdade e os direitos sociais para justificar a aplicação de um regime jurídico especial apenas aos primeiros, reside na análise feita sobre a determinabilidade do conteúdo do direito fundamental na sua dimensão principal..

Por outro lado, vimos também que a partir do momento em que o foco passa a ser as pretensões, faculdades ou garantias particulares que integram esse direito fundamental como um todo, notamos que as diferenças aí se esbatem ou desaparecem. Ou seja, a partir do momento em que certas pretensões ou faculdades particulares dos direitos de liberdade (os que revestem a configuração de direitos positivos a proteção e promoção) estejam dependentes das opções políticas e da reserva do financeiramente possível, nada os diferenciam dos direitos sociais. Aqui, a relativa indeterminabilidade dos deveres constitucionais impostos ao Estado atenua a margem do respectivo controle judicial que, nestes casos, ou é restrita ou é praticamente nenhuma. Mas essa indeterminabilidade de conteúdo que atinge diretamente os direitos sociais e indiretamente (dimensão instrumental) os direitos de liberdade, é superável, no tempo, através da atuação do legislador infraconstitucional.

Porém, um outro problema surgiu a partir daí – o problema dos direitos a prestações derivados da lei enquanto direitos integrantes do direito fundamental social. Aqui a tentativa de um consenso entre as teses negadoras com as teses absolutizadoras e intermédias da distinção entre os dois tipos de direitos é praticamente nenhuma. A doutrina e jurisprudência vêm entendendo que os direitos fundamentais sociais são apenas os direitos sociais originários da Constituição e não os que são derivados da lei<sup>103</sup>, onde, em apenas alguns casos, podem bene-

---

<sup>103</sup> Para NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Sociais ...op., cit.*; p. 154, quando a doutrina separa os direitos sociais *originários a prestações* dos *direitos derivados a prestações* ela chega ao absurdo da contradição, pois para esta “aquilo que o legislador ordinário faz no domínio da realização dos direitos sociais releva, apenas e exclusi-

ficiar, em parte, do regime dos direitos de liberdade.

Considerando a possibilidade remota de um consenso entre estas teses, a solução para os direitos sociais - no sentido de assegurar a efetividade da disciplina constitucional ao nível das prestações sociais - poderia estar num *modelo italiano*<sup>104</sup> de *níveis essenciais de prestações* abordado pelo Prof. Canotilho no seu livro “*Estudos sobre direitos fundamentais*” que, após algumas reflexões, acolhemos.

Nesse sentido, a efetivação dos direitos sociais passaria pelo recurso aos esquemas tradicionais de legislação e regulamentação, onde a lei disciplinaria: as prestações, os destinatários, os indicadores, o sistema informativo, os recursos financeiros, as ações estatais de suporte, os programas de intervenção extraordinária e o remédio para a inobservância de *standards*. Quanto ao regulamento, caberia especificar a lista dos indicadores, individualizando, para cada um deles, o valor objetivo que as administrações devem respeitar<sup>105</sup>.

Podemos dizer que o diferencial desta proposta está na tentativa de “introduzir *guidelines* de boas práticas, ou de *standards*, possibilitadores de controlo e que, primariamente, dirão respeito aos mecanismos de *governance* e de *accountability*, mas que poderão constituir também elementos de facto para a eventual jurisdicionalização dos conflitos prestacionais”<sup>106</sup>.

---

vamente, do plano infraconstitucional, e, logo, conclui, não integra o conteúdo de direito fundamental, não é direito social fundamental, mas apenas (...) um direito derivado a prestações. Os direitos fundamentais sociais só poderiam ser os direitos originários a prestações e, como estes direitos são indeterminados e exigem a correspondente determinação por parte do legislador, então (conclui o autor) não há verdadeiros direitos fundamentais sociais porque aquilo que existe na Constituição – e (para a doutrina) só do plano constitucional que releva a jusfundamentalidade – não é suficientemente determinado para permitir as correspondentes vinculatividade jurídica e justiciabilidade”.

<sup>104</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Estudo sobre... op., cit.*; p. 262, refere-se à obra *Welfare e federalismo*, Bologna, 2005, elaborada por um grupo de peritos, reunido na associação Astrid, e coordenado por L. Torchia.

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 263.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 263.

Além disso, a metodologia mais segura para a garantia desses direitos perante às políticas de racionalização seria “a de recorrer, derivadamente, da lei o núcleo duro da subjectivação dos direitos sociais”<sup>107</sup>.

Na linha de análise do Prof. Canotilho, a metódica de concretização judicial não deve ficar à parte da metódica de concretização feita através dos instrumentos normativo e reguladores de boas práticas, ou seja, “o direito constitucional como ciência de direção não pode ficar alheio a esquemas novos de concretização”<sup>108</sup>. Canotilho acredita que seria “um bom 'teste' à metodologia jurídico-constitucional a caracterização, em sede judicial, do nível essencial de prestações sociais”<sup>109</sup>.

Assim, o reconhecimento de um núcleo essencial de prestações sociais, equivalente ao núcleo essencial dos direitos de liberdade, “impõe uma revisão do caráter prestacionalmente dependente dos direitos sociais”<sup>110</sup> já que, como vimos, tanto os direitos sociais como os direitos de liberdade “apresentam dimensões caracterizadamente regulativo-prestacionais”<sup>111</sup>.

Nesse diapasão, os tribunais não podem ficar alheios à concretização judicial das normas diretoras da constituição social, mas também não podem extravasar a sua competência ou os seus limites jurídico-funcionais, invadindo a esfera de liberdade de conformação do legislador (mesmo que esta liberdade legislativa se manifeste num sentido regressivo<sup>112</sup> em

---

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 264.

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 265.

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 265.

<sup>110</sup> *Idem, ibidem*, p. 266

<sup>111</sup> *Ibidem*, p. 266.

<sup>112</sup> “A chamada tese da 'irreversibilidade de direitos sociais adquiridos' (ou princípio da proibição do retrocesso) se deve entender com razoabilidade e com racionalidade pois poderá ser necessário, adequado e proporcional baixar os níveis de prestações essenciais para manter o núcleo essencial do próprio direito social” (*idem, ibidem*, p. 266). O próprio Tribunal Constitucional vem admitindo há um tempo a inevitabilidade das intervenções do legislador no sentido do enfraquecimento dos níveis anteriormente concretizados. Nestes termos, se o respeito pela dignidade da pessoa humana impõe a fixação de um novo parâmetro material (ao mínimo de existência



épocas de grandes dificuldades financeiras). Mas neste caso, defendemos que os tribunais - “que participam da política porque desempenham um papel considerado adequado para assumirem a cumplicidade de partilharem os valores e interesses dos grupos e indivíduos que, perante eles, reivindicam direitos e posições prestacionais negados e bloqueados pelos decisores político-representativos”<sup>113</sup> - devem apreciar se as dificuldades financeiras apontadas pelo legislador ou pelos órgãos responsáveis pela concretização dos direitos, são suficientemente significativas para baixarem os níveis prestacionais essenciais já alcançados e, se o procedimento seguido para se chegar à decisão de prioridade, não merece censura.

Portanto, se os direitos sociais estão previstos na Constituição da República Portuguesa, e estes, no nosso entender, criam “corpo e vida” através de conformação e concretização legais, os tribunais, ao analisarem no caso concreto pretensões, faculdades, garantias ou direitos particulares integrantes do direito fundamental como um todo, devem (como no caso dos direitos de liberdade que revestem a configuração de direitos

---

condigna ao invés da proibição do retrocesso social), o respeito pela democracia impõe a flexibilidade (quanto às opções, quanto ao tipo de concretização e quanto à própria margem para retroceder). No Acórdão n.º 509/2002, a Pronúncia do Plenário do TC diz: 9- (...) “a proibição do retrocesso social apenas pode funcionar em casos- limite...”. Para maiores consultas sobre a recusa de um princípio constitucional autónomo da proibição do retrocesso social: ALEXANDRINO, José Melo, *A estruturação do sistema ...* Vol. II, op. cit., pp. 673 e ss.; ALEXANDRINO, José Melo, *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*, Editora Principia, 2ª edição, 2011, pp. 158 -159; MIRANDA, Jorge/Alexandrino, José de Melo, (Ac. n.º 509/2002, de 19 de dezembro) *As Grandes Decisões dos Tribunais Constitucionais Europeus*, texto que reúne extratos e comentários doutrinários a alguns dos mais importantes acórdãos do Tribunal Constitucional português, corresponde integralmente à versão portuguesa do estudo preparado pelos Professores da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Jorge Miranda e José de Melo Alexandrino, para a obra coletiva “*Les Grandes Décisions des Cours Constitutionnelles Européennes*”, organizada e coordenada pelos Professores franceses Didier Maus e Pierre bon; NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Sociais... op., cit.*, pp. 240 e ss; MEDEIROS, Rui, *Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais... op., cit.*; pp. 673 e ss.

<sup>113</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Estudo sobre... op., cit.*; p. 268.

positivos) apreciar se a atuação dos poderes públicos que afetam negativamente o direito prestacional em função das dificuldades financeiras é necessária, adequada e proporcional e, se essa afetação está preservando o núcleo duro das prestações sociais. Este controle jurídico em relação ao nível essencial das prestações talvez seja um “método alternativo” para uma ideia mais unitária e global entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, capaz de traduzir uma sensibilização dos poderes públicos para se alcançar uma sociedade de maior justiça, liberdade e igualdade.



## BIBLIOGRAFIA

- ALEXANDRINO, José de Melo, *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, Vol. I - *Raízes e Contexto*; e II - *A Construção Dogmática*, livros correspondentes ao texto da Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas na FDUL, Almedina, Lisboa, 2006.
- ALEXANDRINO, José Melo, *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*, Editora Pricipia, 2ª edição, 2011.
- ALEXANDRINO, José Melo, *O Discurso dos Direitos*, Coimbra Editora, 2011.
- ALEXANDRINO, José Melo, *Notas Sobre uma Concepção dos Direitos Fundamentais Sociais*, Tópicos preparados para o Debate sobre Direitos Sociais realizado em 2 de março de 2012, com a participação dos Professores Jorge Miranda, Ingo Sarlet, Jorge Reis Novais, Luís Pereira Coutinho e o signatário, no âmbito do Curso “Os Di-

*reitos Sociais como Direitos Humanos e Fundamentais – uma perspectiva transconstitucional*”, lecionado pelo Prof. Doutor Ingo Sarlet na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, entre 27 de fevereiro a 2 de março de 2012

- ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 5ª edição, Kiel, 2006, Suhrkamp Verlag, tradução para português de Virgílio Afonso da Silva, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, São Paulo, Malheiros Editores, 2008.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4ª edição, Almedina, 2009.
- BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, Traducción: Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, 1991.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Coimbra, Almedina, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes e VITAL, Moreira, *A Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª edição, Coimbra Editora, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Estudo sobre direitos fundamentais*, 2ª edição, Coimbra editora, 2008.
- DUARTE, David, *A norma de legalidade procedimental administrativa: A teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*, Almedina, 2006.
- HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de bonn: una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, Traducción: Joaquín Brage Camazano, Edito-

- ra Dykinson, Madrid, 2003.
- MATOS, André Salgado de, *O direito ao ensino na Constituição de 1976: Contributo para uma dogmática unitária dos direitos fundamentais*, Relatório do seminário de mestrado em Direitos Fundamentais na Faculdade de Direito de Lisboa no ano letivo de 1997/1998.
- MEDEIROS, Rui, *Direitos, Liberdades e Garantias e Direitos Sociais: entre a unidade e a diversidade*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol. I, Coimbra Editora, 2010.
- MIRANDA, Jorge, *Constituição e democracia*, Petrony, Lisboa, 1976.
- MIRANDA, Jorge, *A constituição de 1976: Formação, Estrutura e princípios fundamentais*, Petrony, Lisboa, 1978.
- MIRANDA, Jorge/Alexandrino, José de Melo, *As Grandes Decisões dos Tribunais Constitucionais Europeus*, texto que reúne extratos e comentários doutrinários a alguns dos mais importantes acórdãos do Tribunal Constitucional português, corresponde integralmente à versão portuguesa do estudo preparado pelos Professores da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Jorge Miranda e José de Melo Alexandrino, para a obra coletiva “*Les Grandes Décisions des Cours Constitutionnelles Européennes*”, organizada e coordenada pelos Professores franceses Didier Maus e Pierre bom.
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*, Tomo IV, Coimbra Editora, 4ª edição, 2008 e 5ª edição, 2012.
- MOREIRA, Isabel, *A Solução dos Direitos, Liberdades e Garantias e dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais na Constituição Portuguesa*, livro correspondente ao texto da Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas na FDUL, Almedina, 2007.
- NABAIS, José Casalta, *Por uma liberdade com responsabili-*

- dade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*, Coimbra Editora, 2007.
- NOVAIS, Jorge Reis, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, 2003.
- NOVAIS, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, 2004.
- NOVAIS, Jorge Reis, *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, Lisboa, Coimbra Editora, 2006.
- NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*, Coimbra Editora, 2006.
- NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, 1ª edição, Coimbra Editora, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 10ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.