

NÃO CITAR SEM AUTORIZAÇÃO**Projecto: Direitos Sociais em Portugal: A sua Constitucionalização e Implicações Socio-políticas (PTDC/CPO/71295/2006)****Fase 1: estudo da constitucionalização dos direitos sociais em Portugal****Working paper nº1 – Perspectivas da doutrina portuguesa sobre Direitos Sociais em Portugal****INTRODUÇÃO**

Uma verdadeira compreensão dos direitos à saúde e à educação em Portugal exige um conhecimento aprofundado da matéria mais lata dos direitos sociais e dos direitos fundamentais no quadro constitucional nacional. É necessário perceber com rigor quais as origens dos artigos em causa (quais foram os elementos que influenciaram a sua configuração, sejam eles anteriores ou contemporâneos ao momento da feitura da constituição, ou quer tenham surgido no contexto das revisões constitucionais) e os efeitos que produziram em Portugal, nomeadamente em termos institucionais e, evidentemente, ao nível do bem-estar dos cidadãos.

O trabalho da doutrina jurídica é, neste contexto, um contributo indispensável para o projecto a que nos propomos, pelo ponto de vista único da realidade do ordenamento jurídico português que nos dá, e por apelar a elementos variados, da história constitucional ao direito comparado, passando pela realidade política portuguesa, para explicar os direitos consagrados em concreto e a sua posição em termos sistemáticos na constituição (CRP), bem como os princípios que a norteiam, o modo como devem ser aplicados ao caso concreto e como são tutelados.

O objectivo deste excuro é meramente dar uma ideia do trabalho que tem vindo a ser desenvolvido pela doutrina em Portugal desde 1976 sobre o tema dos direitos fundamentais e, em especial, dos direitos sociais. Acima de tudo, queremos saber que perguntas se coloca a doutrina, quais são as suas preocupações, qual o alcance do seu trabalho, assim como os seus limites. Por ser uma análise quase exclusivamente descritiva, não tomamos partido por uma ou outra concepção, nem defendemos uma qualquer posição quanto aos grandes debates que dividem a doutrina, apenas tentamos torná-los mais acessíveis. Alguns dos problemas com que nos deparámos ficam desde já assinalados: a dificuldade em encontrar sínteses do trabalho da doutrina; a dificuldade em detectar as diferentes correntes dentro da mesma; e a escassa atenção prestada à análise dos debates na Assembleia Constituinte (AC) e nas comissões eventuais de revisão.

A doutrina jurídica portuguesa é variada e muito influente, não só no meio académico e estritamente jurídico. A este respeito, recorde-se o simples facto de muitos dos deputados à

Constituinte se terem tornado académicos de renome, ou de já o serem àquela data. Alguns ocuparam o cargo de juizes na Comissão Constitucional (CC) ou no Tribunal Constitucional (TC). Uns tornaram-se políticos, e outros comentadores políticos. Em alguns casos, estas várias funções sobrepõem-se até no mesmo período temporal. Esta é um factor que torna a análise do trabalho da doutrina ainda mais premente mas que, ao mesmo tempo, deve implicar alguma cautela por parte do leitor: as opiniões da doutrina devem também, quando possível, ser vistas à luz das orientações políticas dos seus autores e do contexto em que surgiram.

Em momento posterior, o trabalho da doutrina há-de ser ponderado em conjunto com análises pormenorizadas da jurisprudência constitucional portuguesa e dos debates na AC e nas comissões de revisão constitucional, muito embora já nesta primeira parte do trabalho aludamos ocasionalmente tanto a decisões da CC e do TC como a alguns debates, mas apenas quando tal é pertinente, e, na maior parte dos casos, sem termos nós próprios analisado essas fontes.

Antes de passarmos à análise da doutrina importa explicar a terminologia que esta utiliza e que adoptámos neste trabalho. Aos direitos consagrados no catálogo de direitos da constituição referir-nos-emos a “direitos fundamentais” (embora haja igualmente direitos que, apesar de não incluídos neste catálogo, são materialmente direitos fundamentais, ainda que não formalmente constitucionais por terem outra base positiva; e ainda outros direitos que não revestem a mesma importância e que a doutrina simplesmente denomina de direitos humanos – alguns direitos humanos são também direitos fundamentais, outros não). Falaremos também de “direitos liberdades e garantias” (DLG) ou “liberdades fundamentais”, isto é, aqueles que constam do título II da Parte I da constituição, bem como de “direitos sociais” (DS) ou “direitos fundamentais sociais”, enunciados no título II dessa mesma parte. No entanto, note-se que não utilizámos esta e outra terminologia com o rigor que lhe exige a doutrina, sob pena de estarmos a adoptar a posição de uma determinada corrente, o que ultrapassaria claramente os objectivos deste estudo.

Passemos agora a explicar brevemente as secções que compõem o presente trabalho. Numa primeira parte, damos luzes sobre a forma como a doutrina explica as raízes da constituição, o contexto político e histórico-constitucional em que surgiu, e o seu papel no ordenamento português. Uma segunda parte debruça-se sobre os direitos fundamentais na constituição portuguesa e sobre a tradicional dicotomia entre, por um lado, direitos, liberdades e garantias e, por outro, direitos sociais. Damos, então, especial atenção a estes últimos e às suas principais características, considerações que servirão de base a uma análise do trabalho da doutrina sobre os direitos à saúde e à educação. Incluímos ainda, por fim, as referências bibliográficas consultadas.

----- “ -----
Nota preliminar

A doutrina constitucional expandiu-se enormemente com a constituição de 1976, havendo por isso neste domínio muitas perspectivas a ter em conta. As grandes referências são, desde logo, aquelas representadas pelas obras de Jorge Miranda e José Joaquim Gomes Canotilho, este último muitas das vezes em conjunto com Vital Moreira, embora muitos outros nomes se tenham destacado. A extensão, profundidade e influência das suas obras continuam a fazer com que estejam entre as mais estudadas nas faculdades de direito e sejam das mais citadas na jurisprudência. Há, contudo, muitos outros especialistas e por isso não nos cingiremos a estes dois nomes, sob pena de darmos uma visão demasiado redutora do nosso panorama doutrinário.

1. Raízes e contexto da constituição portuguesa de 1976

Relativamente a este tema, a abordagem das várias obras que consultámos é similar. Começa-se por explicar o processo histórico que precede a adopção da CRP, por enquadrar o momento constituinte no quadro histórico-constitucional português, por descrever a formação da AC, os seus métodos de trabalho, a sua função e a eficácia dos actos que dela emanaram, e comparando-a, por vezes, com outras assembleias, e aludindo às grandes polémicas que aí afloraram. Só depois se passa a descrever o texto constitucional em si, enquadrando-o no panorama constitucional português, descrevendo as suas fontes directas e indirectas, comparando os seus preceitos com os de outras constituições portuguesas e estrangeiras. Nesta parte procuramos destacar os elementos mais relevantes tratados pela doutrina e indicar onde se encontram as controvérsias que a dividem.

A constituição de 1976 e a revolução

Um dos pontos em que a doutrina parece convergir é na importância da CRP no período pós-25 de Abril para marcar a separação entre velho e o novo regime que então procurava afirmar-se.¹ A adopção de uma constituição era, aliás, um dos objectivos do próprio Movimento das Forças Armadas (MFA)², bem como de alguns movimentos antifascistas activos antes do 25 de Abril, que defendiam a sua importância para a efectivação da transição para o socialismo (Gomes Canotilho e Vital Moreira, 1991: 10).

Relativamente ao lugar da CRP no panorama histórico-constitucional português, estes dois autores lembram que a actual constituição é a sexta de sempre no país e a terceira do século XX, e que, não sendo alheia à história constitucional portuguesa, na medida em que manteve elementos que já constavam de outras constituições, não representa, definitivamente, um regresso à ordem anterior. O catálogo de direitos sociais enunciado é, a este título, um bom exemplo da conjugação destes dois factores, já que a génese de alguns dos preceitos remonta, nomeadamente, à constituição de 1911, ao mesmo tempo que muitos elementos são verdadeiras novidades. É também, para estes autores, a mais original de todas as constituições e aquela que mais rompe com a anterior (1991: 13).

Fontes

As fontes ou origens da CRP identificadas pela doutrina são variadas e podem classificar-se em função da sua importância e do grau de vinculação que lhes corresponde. Autores como Gomes Canotilho e Vital Moreira arrumam-nas em duas categorias: as fontes imediatas e as mediatas. O segundo Pacto MFA-partidos (ou segunda Plataforma de Acordo Constitucional)³ e os projectos dos próprios partidos apresentados na AC (que já incluíam o conteúdo do primeiro Pacto), constituem as fontes mais directas ou imediatas do texto final (Gomes Canotilho e Vital Moreira, 1991: 12). Os autores sustentam ainda que, dado o facto de os projectos dos partidos estarem condicionados pelo conteúdo daquele Pacto, a sua originalidade reside nas secções relativas aos princípios e direitos fundamentais e à organização económica (*Idem, ibidem*: 12). A título de fontes indirectas ou mediatas referem o próprio programa do MFA, textos revolucionários e projectos doutrinários (*Idem*: 13).

¹ A propósito desta fase, veja-se, por exemplo, Vergottini, 1977.

² Medida A, 2, a).

³ Este e muitos outros documentos preparatórios da constituição de 1976 encontram-se reunidos em Miranda, 1978b. Para uma análise do 2º Pacto veja-se Araújo, 2007 e Galvão Teles, 1998.

Jorge Miranda, por seu lado, lembra o facto de o programa do MFA ter uma verdadeira função constituinte e não meramente política, na medida em que expunha as orientações futuras a ser seguidas pelo Governo Provisório até à aprovação de um novo texto constitucional (1978a: 42-44). É, por isso, uma fonte relevante da constituição. Quanto à Plataforma de Acordo Constitucional, embora formalmente não constituísse fonte imediata da constituição, pois que juridicamente não obrigava os deputados, politicamente era vinculativa. (*Idem*, 1976b: 101 e 1978a: 97).⁴ A CRP tem, pois, carácter “pactício” a nível político (*Idem*, 1978a: 97), muito embora as limitações impostas por pactos se resumissem aos órgãos de soberania. A seu ver, por outro lado, os Pactos MFA/Partidos são meros elementos históricos de interpretação da constituição, não mais do que isso (*Idem*, 1978a: 99). Mais, para si as verdadeiras fontes da constituição são os projectos dos seis partidos (*Idem*, 1976b: XXI).

Outro elemento de que a constituição é tributária é o conjunto de anteriores constituições. Gomes Canotilho e Vital Moreira afirmam que algumas das premissas essenciais da CRP se baseiam justamente na corrente constitucional da tradição liberal-radical e democrático-revolucionária de alguns desses textos constitucionais (1991: 14). Há também preceitos que se inspiram em normas já anteriormente existentes (como a fiscalização judicial da constitucionalidade, que vem da constituição de 1911, e a sistematização de alguns preceitos de 1933) (*Idem*). Afirmam também que esta é, de entre todas as constituições portuguesas, aquela que menos se baseou em textos de outros países, referindo, no entanto, ser inegável que se inspirou nos ordenamentos constitucionais de alguns países, nomeadamente nos textos europeus do pós-guerra e em constituições de países de Leste (*Idem*: 16). Sofreu também, por fim, a influência de tratados internacionais nesta área, nomeadamente a Declaração Universal dos Direitos do Homem.⁵

A originalidade da constituição

As diversas fontes enumeradas contribuíram para o carácter original desta constituição, tanto no plano nacional como relativamente a constituições de países vizinhos, e este é um dos elementos mais referidos pela doutrina. Por exemplo, para Jorge Miranda, a CRP tem carácter único no mundo já que vai muito longe no que toca aos direitos dos trabalhadores e ao princípio da socialização (1976b: XXI e 1978a: 322).⁶ É, de facto, precisamente na Parte I da CRP, atinente aos direitos fundamentais, que reside uma das suas maiores originalidades. A preocupação com o bem-estar dos cidadãos portugueses constava já do programa do MFA⁷ e os trabalhos da

⁴ Para Gomes Canotilho e Vital Moreira também formalmente não era fonte imediata, já que era um mero acordo político, mas politicamente era “fonte vinculante” (1991: 12, nota 8).

⁵ Como se vê pelo facto de a Declaração Universal constituir um dos elementos de interpretação dos preceitos constitucionais. O artigo 16º, intitulado “Extensão dos direitos” na sua versão de 1976, dispunha que:

“1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.

2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.” [1976]

⁶ Veja-se, também, Casalta Nabais, 1990: 20 e Vieira de Andrade, 2001: 69 e ss..

⁷ Na secção relativa a medidas a curto prazo, dizia-se que o governo provisório, isto é, o que lideraria o país durante o período de excepção, até serem eleitos um novo Presidente e uma Assembleia Legislativa, lançaria os fundamentos de “uma nova política social que, em todos os domínios, terá essencialmente como objectivo a defesa dos interesses das classes trabalhadoras e o aumento progressivo, mas acelerado, da qualidade de vida de todos os Portugueses” (B.6.b) e deveria estudar e aplicar “medidas preparatórias de carácter material, económico, social e cultural que garantam o futuro exercício efectivo da liberdade político dos cidadãos.” (B.5.a). Documento de 10 de Setembro de 1975, disponível na base de dados de documentos relativos ao 25 de Abril da Universidade de Coimbra:

[<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/docs25a/MFA1-1.HTM>].

constituente absorveram essas preocupações. Voltaremos a esta característica da constituição mais à frente.

A constituição compromissória

Outra característica salientada pela doutrina relativamente à forma final da CRP é a sua natureza compromissória. Não se refere aqui a doutrina à dimensão mais óbvia do compromisso constitucional, que decorre do facto de se tratar de um documento sujeito a negociações numa assembleia constituinte. Antes, trata-se do compromisso entre várias orientações a partir das quais foram moldadas as traves mestras da CRP. Para autores como Gomes Canotilho e Vital Moreira, embora inclua elementos atribuíveis a diferentes concepções ideológicas, sejam elas o constitucionalismo europeu ou o socialismo de Leste, a constituição acaba por não se identificar com um “projecto específico de transformação social”. No entanto, também não é neutra, já que toma mesmo partido “pelos direitos e interesses dos trabalhadores, pelo socialismo, pela libertação social” (1991: 29). A seu ver, pelo facto de ter esta natureza compromissória, mas por se tratar de um “projecto constitucional unitário e coerente”, não existe uma hierarquia de normas e princípios (*Idem*: 28). Quanto à dupla natureza da constituição, Jorge Miranda explica que a designação “Estado democrático de direito”, acolhida no artigo 2º, se refere a um modelo mais exigente do Estado social de outros países ocidentais (1976b: 500). Não se trata, insiste, de um terceiro género (entre o Estado de direito de cariz ocidental e o de legalidade socialista dos países de Leste).⁸

Mas esta lógica compromissória não foi vista com optimismo por todos. Manuel Lucena⁹ foi uma das vozes que alertou para os problemas que esta poderia causar, na medida em que, na sua opinião, “a [constituição] de 1976 sobrepõe duas inflações (a liberal e a socialista) – e por isso há-de viver menos ou de mentir mais” (1978: 128). Ao lembrar as várias fontes que a doutrina refere terem servido de inspiração à constituição, riposta “é muita influência junta!” (1978: 130). Mais, afirma que estas influências não foram necessariamente assumidas de forma consciente pelos deputados à AC, sendo pois necessário uma análise exaustiva dos debates para ir mais longe (*Idem*: 130, nota 87).

Referindo-se, por outro lado, à “problemática da originalidade (e problemática originalidade) da via portuguesa para o socialismo” (*Idem*: 131), conclui que Portugal “é excêntrico mas europeu”, não augurando longa vida à constituição, afirmando que a que tiver será “um apogeu de ficção” (*Idem*: 220).¹⁰

Ao argumento desta contradição no âmago da constituição, Jorge Miranda, contrapõe a ideia de que é necessário distinguir entre as inspirações dos vários projectos apresentados na constituinte e o resultado alcançado nos preceitos constitucionais e no próprio sistema que o texto de 1976 cria (1978a: 270-273). Embora politicamente se possa pôr em causa uma constituição que, como tantas outras, e talvez em maior grau, representa vários compromissos, em termos jurídicos não se pode fazê-lo. De facto, é precisamente o papel do intérprete alcançar uma “idónea síntese globalizante” diante de um texto jurídico (*Idem*: 277).

⁸ Sobre a originalidade dos preceitos relativos à organização da economia no texto de 1976, isto é, à “constituição económica”, veja-se Miranda, 1976b: 505 e ss.

⁹ Cremos que muito embora não se possa dizer que Manuel de Lucena faça parte da doutrina, alguma da sua obra é particularmente relevante a este respeito e por isso não hesitamos em referi-la.

¹⁰ Para uma crítica contundente da posição de Lucena, ver Vital Moreira, 1980: 31 e ss..

As garantias da constituição

Ponto que também deve ser salientado é o facto de terem sido incluídos na constituição elementos tendentes a protegê-la, tornando-a num documento rígido e procurando assim garantir a estabilidade do ordenamento nos tempos que se lhe seguiram, pelo menos até à legislatura seguinte. Esta é outra das questões que interessa sobremaneira à doutrina, e que se reveste de grande importância política. Dois tipos de instrumentos foram incluídos para permitir a sedimentação das instituições pós-revolucionárias e prolongar a vida do texto de 1976: a revisão constitucional e a fiscalização da constitucionalidade. Estabeleceram-se vários limites à revisão da constituição, a nível temporal (ficando a primeira revisão vedada até ao final da primeira legislatura, isto é, por quatro anos)¹¹, e a nível material, tendo algumas matérias sido retiradas da livre disponibilidade do legislador de revisão. Impuseram-se ainda limites ditos “circunstanciais”, de acordo com os quais uma revisão não poderia ser operada durante um período de estado de sítio ou de emergência.¹² Apesar desta “intangibilidade” (Gomes Canotilho e Vital Moreira, 1991: 17), houve várias propostas de revisão da constituição muito antes de terem oficialmente começado os trabalhos da primeira revisão. A doutrina dedicou e continua a dedicar-se a estudar o alcance e limites destas normas limitadoras, tema que divide os constitucionalistas no estrangeiro há mais de cem anos. Foram, nomeadamente, teorizadas formas de contorná-las, como a tese da dupla revisão constitucional.¹³

Em segundo lugar, consolidou-se a fiscalização da constitucionalidade, que não sendo nova no panorama português, surgiu com novas características, sendo igualmente um meio de “garantia” e de “preservação” da constituição (Gomes Canotilho e Vital Moreira, 1978: 476). Faremos mais comentários a respeito deste tema mais à frente.

¹¹ Veja-se o artigo 286º (Primeira revisão): “1. Na II Legislatura, a Assembleia da República tem poderes de revisão constitucional, que se esgotam com a aprovação da lei de revisão.

2. As alterações da Constituição terão de ser aprovadas por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções, e o Presidente da República não poderá recusar a promulgação da lei de revisão.” [1976]

Veja-se ainda o artigo 290º intitulado “Limites materiais da revisão”:

“As leis de revisão constitucional terão de respeitar:

- a) A independência nacional e a unidade do Estado;
- b) A forma republicana de governo;
- c) A separação das Igrejas do Estado;
- d) Os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos;
- e) Os direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais;
- f) O princípio da apropriação colectiva dos principais meios de produção e solos, bem como dos recursos naturais, e a eliminação dos monopólios e dos latifúndios;
- g) A planificação democrática da economia;
- h) O sufrágio universal, directo, secreto e periódico na designação dos titulares electivos dos órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local, bem como o sistema de representação proporcional;
- i) O pluralismo de expressão e organização política, incluindo partidos políticos, e o direito de oposição democrática;
- j) A participação das organizações populares de base no exercício do poder local;
- l) A separação e a interdependência dos órgãos de soberania;
- m) A fiscalização da constitucionalidade por acção ou por omissão de normas jurídicas;
- n) A independência dos tribunais;
- o) A autonomia das autarquias locais;
- p) A autonomia político-administrativa dos arquipélagos dos Açores e da Madeira.” [1976] Actualmente este preceito consta do artigo 288º, tendo sofrido alterações com as revisões.

¹² Artigo 291º (Limites circunstanciais da revisão): “Não pode ser praticado nenhum acto de revisão constitucional na vigência de estado de sítio ou de estado de emergência.” [1976] Actualmente trata-se do artigo 289º.

¹³ Tese à qual, de resto, aderiu o próprio Jorge Miranda (2000: 196-197). Para os defensores da tese da dupla revisão constitucional, é necessário estabelecer limites à revisão mas, tal como qualquer outra norma constitucional, também estas podem ser revistas. Contra, ver Gomes Canotilho, 1978.

As (várias) revisões ao texto constitucional

A **primeira revisão**, de 1982, teve como pano de fundo a perspectiva da integração europeia e a chamada “crise institucional portuguesa” que indicava a necessidade de proceder a uma reorientação das traves mestras da organização acordada em 1976. De facto, acabou por aproximar o ordenamento jurídico português do dos seus vizinhos, pondo fim à tutela político-militar do Conselho da Revolução e consolidando as estruturas de um Estado de Direito democrático. Por outro lado, avançou-se no campo da protecção constitucional dos direitos fundamentais e criou-se o Tribunal Constitucional, que veio tomar o lugar até então ocupado pelo Conselho Constitucional. Outro resultado essencial desta revisão foi a diminuição da carga ideológica do texto de 1976 – a “desideologização”, segundo José Magalhães.¹⁴ De uma maneira geral, a doutrina defende que as alterações não deram origem a uma ruptura com o texto original.¹⁵ Não é, por isso, insiste parte da doutrina, uma nova constituição.

A este propósito, é importante referir que a doutrina cedo manifestou a necessidade de rever o texto de 1976. Jorge Miranda, por exemplo, propunha já em 1979 o sacrifício dos “ideologismos constitucionais”, apelando a que não se caísse nos erros do passado nem de 1975 (1979: 42-43). A revisão “poderá e deverá contribuir para tornar mais transparente a vontade portuguesa de aderir à Europa” (*Idem*: 44). Ora, a questão da possível adesão à então CEE não reunia o consenso da doutrina: enquanto uns propunham a manutenção, ou ainda até o reforço do carácter ideológico da constituição, e militavam contra a adesão de Portugal às Comunidades, outros defendiam a adopção de uma nova constituição, com um Estado mínimo, de onde as normas programáticas ou sobre organização económica desapareceriam (*Idem*: 37-38).

Em 1981, num projecto de revisão, outros autores sustentavam que, ao momento da sua entrada em vigor, a CRP já carecia de ser revista, na medida em que alguns dos aspectos acordados no primeiro pacto MFA/partidos teriam deixado de fazer sentido. A primeira revisão, defendiam, teria de ser “profunda”, deveria levar à redução do papel do Estado, designadamente no campo da saúde e da educação, e, entre outras medidas, à extinção da tutela político-militar do CR (Barbosa de Melo *et al*, 1981: 142).

A **segunda revisão**, de 1989 debruçou-se essencialmente sobre os preceitos relativos à organização económica. Por exemplo, passou a existir um regime de mercado e eliminou-se a proibição constitucional de privatização de empresas nacionalizadas após o 25 de Abril. Mais uma vez, estas novas modificações fizeram-se à luz da harmonização do ordenamento português com o dos vizinhos das comunidades europeias.

O “Dicionário da Revisão Constitucional”, de José Magalhães, é extremamente útil no que toca a esta fase, mostrando quais foram as questões mais controversas e lembrando ainda que o factor que facilitou as votações foi o acordo celebrado entre os dois principais partidos, o PS e o PSD (Magalhães, 1989: 18).¹⁶

¹⁴ Magalhães, 1989: 44.

¹⁵ Magalhães, 1989: 84-86.

¹⁶ Para uma crítica a este e outros acordos de revisão, veja-se Otero, 1997: 12 e ss.. Segundo o autor, os acordos de revisão levam, entre outras coisas, à “desparlamentarização” da decisão de modificação da constituição.

A **terceira revisão**, de 1992, foi extraordinária e exigia-se pela necessidade de adequar o texto constitucional ao Tratado de Maastricht que instituiu a União Europeia. As principais alterações reflectiram-se na articulação do exercício dos poderes legislativos e executivos dos órgãos nacionais com as instituições europeias.

Na **quarta revisão**, de 1997, acordaram-se várias alterações, nomeadamente no regime dos direitos fundamentais, tanto no título relativo aos DLG como no relativo aos DS, que referiremos mais tarde.

Algumas das alterações introduzidas com a **quinta revisão**, em 2001, prendem-se com a adequação da CRP à concretização dos objectivos da União Europeia nos domínios da liberdade, segurança e justiça e da coesão económica e social. Outro elemento que importa referir é a aceitação da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, cujo estatuto Portugal ratificara em 2002.

A **sexta revisão** constitucional, de 2004, igualmente extraordinária, visava aprofundar a integração de Portugal na União Europeia, tendo sido aceite o primado do direito da União sobre o direito interno (veja-se o novo n.º4 do art. 8.º).

Por fim, em 2005, a **sétima revisão**, mais uma vez extraordinária, teve apenas como objectivo um aditamento que prevesse a possibilidade da realização de um referendo sobre a aprovação de um tratado da União Europeia.

Em suma, para Cardoso da Costa, e ao contrário daqueles que falavam de uma “bipolaridade ideológica e conceptual inicial da constituição” e que sugeriam o facto de, desde as revisões, estarmos diante de uma nova constituição, a constituição é a mesma. Houve apenas um processo de estabilização (2006: XIX).

Já para Jorge Miranda, o que causa perplexidade não é tanto o facto de ter havido várias revisões, mas antes a extensão das mesmas, tanto em termos de duração do processo como no que toca às alterações aprovadas. Ao todo, contabilizou que os deputados da Assembleia da República passaram praticamente seis anos em negociações com vista a revisões constitucionais: “é demais!”, exclama (Miranda, 2001: 654-655). Na sua opinião, este “frenesim constitucional” deve-se a vários factores, entre os quais um “juridismo exacerbado” e às “fraquezas culturais da classe política que, em vez de governar, prefere legislar e que, em vez de reformas legislativas, opta por revisões constitucionais”, bem como por uma “deficiente leitura” do artigo 284.º (*Idem*: 658).

Para Manuel Lucena, que, como já vimos, se encontrava entre aqueles que não viam com optimismo o compromisso constitucional de 1976, depois de se “expurgar a constituição das ervas daninhas ideológicas”, avisava que haveria uma nova constituição (1979: 46). Vários anos mais tarde, sugere que se mantém talvez apenas a sua essência mas, de resto está “perfeitamente irreconhecível”, (2006: 74), perguntando-se inclusive se estaremos ainda sob a vigência da constituição de 1976 (*Idem*: 76).

----- “-----

2. Os direitos fundamentais na Constituição de 1976

Antes de mais, é importante referir que uma leitura atenta de um conjunto assinalável de obras doutrinárias nesta área nos permitiu concluir que, objectivamente, a doutrina tem dedicado mais tempo e espaço ao estudo dos DLG do que dos DS.¹⁷ Querirá isto reflectir o menor interesse da doutrina pelos direitos sociais? E, se assim for, a que se deverá esse menor interesse? Será pelo facto do legislador ter atribuído menor importância àqueles últimos? Será devido ao facto de estes serem essencialmente direitos positivos, e, logo, dependentes da concretização e determinação pelo legislador ordinário?

Passemos então em revista o trabalho que a doutrina tem vindo a desenvolver na área dos direitos fundamentais, atendo-nos em especial ao tratamento dado aos direitos sociais.

A. Os direitos fundamentais na constituição de 1976 – traços principais

A originalidade do sistema

Em primeiro lugar, e voltando a um tema a que já antes aludimos brevemente, é justamente na positivação da passagem do Estado de Direito Democrático para o Estado Social (através do princípio da socialidade e do catálogo de direitos sociais fundamentais) que se encontra uma das maiores originalidades da constituição de 1976.¹⁸ Este aspecto parece ser pacífico na doutrina, que destaca o facto de a República Portuguesa assentar agora na dignidade da pessoa humana (artigo 1º). Ora, este “conceito ampliado de dignidade do homem” passou a abranger também a dignidade material e de condições (Gomes Canotilho e Vital Moreira, 1991: 94).

Diante da tendência para a gradual atribuição ao Estado de um papel de garante do bem-estar da população, várias opções estavam ao dispor do legislador constituinte: antes de mais, reconhecer os direitos enquanto comandos vinculativos dirigidos ao legislador (em maior ou menor grau, através de um catálogo mais ou menos extenso); em segundo lugar, proclamar esses direitos de forma meramente simbólica; ou, por fim, não inclui-los de todo na constituição (Otero, 2007: 342). No caso português, vimos como se optou pela primeira forma de concretização, aliás num formato bastante único nas constituições ocidentais naquela época. Contudo, a não consagração expressa de direitos sociais, ou a opção por um catálogo limitado, não impedem que o aplicador interprete a lei constitucional de forma a reconhecer posições jurídicas subjectivas às quais corresponda para o Estado uma obrigação de prestar. Tal é, nomeadamente, o caso alemão.¹⁹

Ora, a originalidade da constituição português (Casalta Nabais, 1990: 20), o facto de se ter tomado a sério *todos* os direitos fundamentais, decorre, na opinião de alguns autores, da necessidade de reconhecê-los e garanti-los contra as vicissitudes futuras (Gomes Canotilho e Vital Moreira, 1991: 94). A passagem para o Estado social de direito reflectiu-se, então, na consagração, por um lado, de novos direitos que não existiam previamente no ordenamento português, de direitos que existiam apenas parcialmente, ou com um alcance diferente, e na efectivação de direitos que, embora anteriormente existentes “no papel”, não tinham qualquer concretização prática. Dotados de mecanismos concretos de protecção, os DLG e os DS estão fortalecidos: ao contrário de constituições anteriores, o objectivo era o de que não fossem meras proclamações de princípios.

Um sistema confuso

¹⁷ Parece ser também esta a conclusão de Freitas, 2006: 785.

¹⁸ Quanto ao princípio da socialidade, ver Gomes Canotilho, 2002: 329 e Reis Novais, 2004: 291 e ss..

¹⁹ Alexy, 2004: 289 e ss..

Uma leitura atenta da parte I da constituição (referimo-nos aqui ao texto original), intitulada “Direitos e deveres fundamentais”, onde se encontrava grande parte dos preceitos que compõem o sistema de direitos fundamentais português, suscitará muito provavelmente alguma perplexidade em qualquer leitor. O sistema em si não só parece como é, de facto, confuso, já que a constituição prevê vários tipos de direitos em função de vários critérios (como a titularidade, havendo em simultâneo direitos individuais ou colectivos; do cidadão ou do trabalhador) ou o objecto e o conteúdo (DLG ou DS), bem como diferentes regimes para cada categoria.

Começando pelo início, dos três títulos existentes nesta parte I vemos que o primeiro (artigos 12º a 24º) compreende os chamados princípios gerais que, por precederem imediatamente a lista de direitos fundamentais, norteiam a efectivação daqueles. Nem todos os preceitos do título I são, porém, meros princípios que auxiliam o aplicador na interpretação dos direitos. Alguns deles regulam de forma bastante concreta a aplicação de certos direitos. No entanto, é preciso proceder com cautela: se alguns destes princípios se aplicam claramente a todos os direitos posteriormente enumerados (como o princípio da universalidade e da igualdade, nos artigos 12º e 13º, respectivamente), outros preceitos aplicam-se apenas aos DLG (nomeadamente o artigo 17º, intitulado “regime dos direitos, liberdades e garantias”). É, pois, tal como adverte Jorge Miranda, preciso “saber destringir”.²⁰

A este primeiro título mais geral seguem-se dois títulos, um relativo a direitos, liberdades e garantias (título I, artigos 25º a 49º) e um outro a direitos, económicos, sociais e culturais (artigos 50º a 79º). A principal forma de distinção entre os vários direitos fundamentais desta Parte I é, pois, entre DLG e DS, muito embora dentro de cada um desses títulos se incluam realidades bastante diversas (há, por exemplo, liberdades clássicas, meras garantias institucionais ou normas programáticas) e apesar de em cada preceito se poderem encontrar diferentes componentes (um mesmo preceito pode conter um direito positivo e um direito negativo).

Para além deste catálogo, o artigo 17º refere ainda a existência de outros direitos aos quais se aplicam o regime dos direitos fundamentais (os direitos de natureza análoga) mas que não constam do título II, e, por vezes, nem constam da constituição.²¹ Por fim, no artigo 16º enuncia-se um princípio da não-tipicidade, segundo o qual outros direitos podem vir a ser considerados direitos fundamentais no futuro.²²

Fora da Parte I, outros preceitos são de extrema importância na definição dos regimes aplicáveis aos vários direitos. A todos os direitos fundamentais correspondem diversos meios de tutela, jurisdicional ou não, sendo alguns específicos aos DLG e outros aos DS. São eles o direito de resistência (actual artigo 21º); o direito de petição e de acção popular (art. 52º); o direito de queixa ao Provedor de Justiça (art. 23º); e meios jurisdicionais (nomeadamente a justiça constitucional e administrativa); a responsabilidade civil do Estado e das entidades públicas (art. 22º). Todos

²⁰ A respeito do âmbito de aplicação dos preceitos do título I, Jorge Miranda faz notar que o título I foi originalmente pensado para se aplicar apenas aos direitos, liberdades e garantias. Adverte, pois, que é preciso distinguir os que se aplicam a cada tipo de direito (1993: 136, nota 2).

²¹ Artigo 17º (Regime dos direitos, liberdades e garantias): “O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos direitos enunciados no título II, aos direitos fundamentais dos trabalhadores, às demais liberdades e ainda a direitos de natureza análoga, previstos na Constituição e na lei.” [1976] Na actual redacção do mesmo artigo já não constam as referências aos direitos dos trabalhadores e às demais liberdades.

²² Artigo 16º (Extensão dos direitos) “(...) 2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.” [1976] Embora a epígrafe tenha sido alterada, a redacção deste artigo mantém-se idêntica à de 1976.

estes, à excepção do direito de resistência, aplicam-se aos DS (Gomes Canotilho e Vital Moreira, 1991: 144). Para além disso, há que ter em conta a secção da constituição atinente à revisão constitucional, variando os preceitos aplicáveis a uns e outros direitos, como veremos.

Da conjugação de todos estes preceitos, para a maioria da doutrina evidenciam-se dois principais regimes, um para os DLG e outro para os DS, embora haja dentro de cada um especificidades a ter em consideração: de facto, mesmo dentro de cada título, o legislador constituinte atribuiu maior rigidez e maior protecção a um determinado conjunto de direitos. De facto, como diz Casalta Nabais, “tal dicotomia não deve ser entendida em termos rígidos” (1990: 21).

A classificação de direitos e regimes – para além da dicotomia DLG vs DS

Diante da mais do que evidente complexidade do sistema, grande parte do esforço da doutrina tem sido canalizado para a destrição entre os vários tipos de normas fundamentais e os regimes que se lhes aplicam. Neste ponto, julgamos ser pertinente e bastante útil a classificação feita por Jorge Miranda (1993: 145-146), que procura hierarquizar os direitos por “ordem decrescente de consistência e protecção jurídica”, e que reproduzimos no seguinte quadro. Como se vê, a classificação feita por este autor ultrapassa a distinção sistemática de direitos em função da titularidade, do objecto ou do conteúdo, ou entre DLG e DS, antes privilegiando um critério que mais facilmente permite avaliar a importância atribuída pelo legislador constituinte a cada direito. Note-se ainda que o autor estabelece uma distinção entre os tipos de regras que compõem o regime a aplicar a cada tipo de direito: regras comuns (aplicáveis a todos os direitos) e regras específicas (aplicáveis aos DLG ou aos DS). Estas últimas podem ainda ser materiais ou de fundo, orgânicas ou de competência, ou, por fim, relativas à revisão constitucional. Tendo em conta os vários critérios incluídos na constituição de 1976, eis então a lista coligida por Jorge Miranda:

1	Direitos, liberdades e garantias mencionados no artigo 19º, n.º 6	Direitos com a plenitude do regime de direitos, liberdades e garantias e insusceptíveis de suspensão mesmo em estado de sítio com suspensão total de garantias constitucionais;
2	Direitos, liberdades e garantias (do título II da parte I)	Direitos que beneficiam do triplice regime substantivo, orgânico e de limites materiais de revisão constitucional (...).
3	Direitos fundamentais de natureza análoga ou direitos, liberdades e garantias dispersos por outras disposições da Constituição	Direitos que beneficiam apenas do regime material dos direitos, liberdades e garantias;
4	Direitos constitucionais dos trabalhadores que não sejam direitos, liberdades e garantias	Direitos que beneficiam também do regime dos limites materiais de revisão constitucional (artigo 288º, alínea e));
5	Direitos económicos, sociais e culturais, para além desses, que constem tanto da Constituição como da Declaração Universal	Direitos que, por forma implícita, constituem ainda limites materiais de revisão constitucional;
6	Restantes direitos económicos, sociais e culturais consignados na Constituição	Direitos sujeitos apenas ao regime dos direitos económicos, sociais e culturais;
7	Direitos fundamentais de natureza análoga ou direitos, liberdades e	Direitos que beneficiam, parcialmente pelo menos, do regime material dos direitos, liberdades e

	garantias constantes da lei ou de regras de Direito internacional	garantias;
8	Outros direitos fundamentais constantes de leis ou de regras de Direito Internacional.	

Mesmo admitindo que apenas parte da doutrina concordará com esta classificação, o que é certo é que tem o mérito de ajudar o intérprete da lei constitucional.²³ Mas, ainda que se concorde com a lista, o problema de determinar que direitos cabem em cada uma das categorias mantém-se, na medida em que isso nem sempre é óbvio da leitura dos artigos. Essa tarefa compete, inevitavelmente, ao intérprete, que se socorrerá de diversos elementos para chegar a tal conclusão.

Há, no entanto, pelo menos uma excepção a notar neste ponto: Jorge Reis Novais defende que não há um regime diferente para os DLG e para os DS. A seu ver, esta concepção já não é válida e cabe ao TC proceder à “equiparação de fundo” entre os DLG e os DS (2006: 207 e ss.).

A articulação entre DLG e DS – o primado dos DLG? Um sistema unitário?

Diante da diferença de regimes aplicáveis aos vários tipos de direitos, alguma doutrina defende que os DLG terão um primado sobre os DS, nomeadamente por se lhes aplicar um regime mais exigente (tanto no que respeita aos artigos 17º e seguintes, como a nível da tutela jurisdicional) e por serem directamente aplicáveis. Esse regime reforçado está ligado, no entender de Jorge Miranda, ao “primado da democracia (política) sobre todos os propósitos de modificação da ordem económica e social” (1993: 132). No entanto, este autor também afirma que o contraste entre DLG e DS não é radical, havendo entrecruzamentos (1978a: 339), e que, no futuro, as normas que incluem direitos sociais podem vir a tornar-se em normas preceptivas, logo, directamente aplicáveis (*Idem*: 347).

Para outros autores, como Vieira de Andrade, ao prever regimes diversos a constituição reconhece ostensivamente a existência de dois tipos diferentes de direitos: os primeiros, cujo conteúdo principal é determinado ou determinável, e outros em que aquele tem de ser determinado pelo legislador ordinário (2001: 181). Ainda assim, refere haver apenas um sistema de direitos fundamentais na constituição, uma ordem não-hierárquica e pluralista (*Idem*: 97).

Gomes Canotilho e Vital Moreira, por seu lado, reconhecendo a influência da teoria liberal dos direitos fundamentais assim como da concepção social (e até socialista) sobre os mesmos, ainda que notando “talvez a ênfase para a primeira” (1991: 104), afirmam que acaba por se tratar de um “conjunto unitário” (...) cuja característica principal é a tensão dialéctica entre os tradicionais direitos negativos e os novos direitos positivos” (*Idem, ibidem*). Contudo, e apesar do destaque dado pela constituição aos DLG, argumentam não poder fazer-se uma “distinção radical de natureza entre os direitos fundamentais constitucionalmente enunciados (*Idem*, 105). Ainda para estes autores, a dualidade do regime de direitos fundamentais também não é muito clara, sendo difícil determinar quais os preceitos a que se aplica o regime especial dos artigos 17º e seguintes.

²³ Outros autores optam por classificações diversas, embora com semelhanças. Veja-se, a título de exemplo, o caso de Manuel Afonso Vaz, que distingue os chamados “direitos constitucionais” “com reserva normal de conteúdo constitucional” dos “direitos sociais” (que não correspondem ao título III) em relação aos quais compete ao estado “conferir expansivamente a medida de protecção jurídica do direito” (1998: 442).

A seu ver, apenas os DS “que consistam e na medida em que consistam exclusivamente em direitos dos cidadãos a prestações ou actividades do Estado” ficam de fora daquele regime especial (1978: 61).

Também Jorge Reis Novais recusa a ideia de que há uma hierarquia dos direitos fundamentais, já que todos eles podem colidir e justificar a restrição uns dos outros (Reis Novais, 2004: 299). Por sua vez, Paulo Otero sustenta que as normas constitucionais sobre direitos fundamentais têm uma eficácia reforçada que se reflecte em três aspectos: na sua aplicabilidade directa (1); na vinculação de entidades públicas e privadas (2); e, por fim, na máxima efectividade interpretativa (3).²⁴ Ora, só os direitos pessoais universais e a parcela mínima indispensável dos direitos sociais beneficia desta força (2007: 590).²⁵

Para Jorge Miranda, um critério misto subjaz à divisão da parte I: a seu ver, o catálogo de DLG é mais homogéneo e o que o une é a ideia de liberdade civil e política. Já o catálogo de DS é, afirma, mais heterogéneo, e é enformado pelas ideias de igualdade, solidariedade e promoção social (1978a: 336). Parece ser ponto relativamente pacífico na doutrina portuguesa que as normas constitucionais que prevêm DLG consagram essencialmente direitos negativos, e que o seu cumprimento pelo sujeito passivo, o Estado, implica que este se abstenha de praticar determinados actos. Por seu lado, as normas que consagram direitos sociais são vistas como tendo essencialmente uma componente positiva, donde o facto de serem direitos “através do Estado”.²⁶ Esta seria mais uma razão para justificar a repartição dos vários direitos em dois títulos. Mas de resto, são várias as concepções e correntes doutrinárias, cada uma revestida de alguma complexidade teórica, e que apenas referimos brevemente nesta secção.

A extensão de direitos

Também o artigo 16º, relativo à extensão dos direitos, foi objecto de análise por parte da doutrina, que se ateve na questão de saber se o catálogo aberto de direitos fundamentais definido nesse preceito se limitaria a abranger novos DLG ou se também novos DS. Para Jorge Miranda, o catálogo é aberto a qualquer um dos dois tipos de direitos (1993: 154-155), e no mesmo sentido apontam Gomes Canotilho e Vital Moreira (1991: 116-117).

Serão os direitos sociais verdadeiros direitos?

Uma das preocupações da doutrina tem sido a de frisar que, de facto, a constituição consagra verdadeiros direitos sociais e não meras directivas ao legislador, normas programáticas de alcance meramente político, normas organizatórias ou garantias institucionais. Independentemente do arranjo sistemático dos preceitos que consagram direitos fundamentais e da possível diferença de regimes aplicáveis a DLG e DS, estes últimos não se reduzem a meros símbolos, enfeites ou “bibelots”.²⁷ Para Gomes Canotilho e Vital Moreira, tanto na sua componente negativa como positiva, os DS são verdadeiros direitos, com um titular directo (os cidadãos ou organizações sociais) e um sujeito passivo (o Estado) e com meios de garantia de efectivação próprios (1991: 120). Na sua opinião, os DS distinguem-se dos DLG também pelo seu objecto, sendo que a sua violação se dá essencialmente, mas não apenas, através da omissão da prática ou actividade estadual que o seu respeito exige (1978: 63).

²⁴ Quanto a este último aspecto, também Gomes Canotilho e Vital Moreira, entre outros, defendem que, em caso de dúvida, a interpretação destas normas deve ser a mais extensiva possível (1978: 64).

²⁵ Quanto a esta “parcela mínima dos direitos sociais”, veja-se abaixo.

²⁶ Vieira de Andrade, 2001: 56, nota 14.

²⁷ Bacelar Gouveia, 1995: 271.

O regime específico dos direitos, liberdades e garantias – breve apontamento

Quanto ao regime específico dos DLG, a doutrina reconhece-lhe as seguintes características: aplicação imediata (artigo 18^a – sendo que alguns DLG decorrem de normas directamente exequíveis, isto é, invocáveis independentemente da existência de lei que as concretize, enquanto outras são não-exequíveis por si mesmas e necessitam da intervenção por parte do legislador²⁸); vinculam as entidades públicas e privadas; gozam de reserva de lei; constituem limites materiais de revisão.

B. Considerações sobre o regime específico dos direitos sociais

A doutrina portuguesa tem-se debruçado sobre várias questões atinentes aos direitos fundamentais sociais. Por um lado, ocupou-se da descrição do espírito que se vivia no tempo dos debates na assembleia constituinte e das várias influências que se fizeram sentir sobre os trabalhos, nomeadamente as suas fontes directas ou imediatas. Por isso, a sua análise passa inevitavelmente, embora em diferentes graus de profundidade, por considerandos de índole histórica e dita comparativa.

Também se tem tentado justificar a opção do legislador por direitos sociais *tout court*, embora não se discuta se as formulações escolhidas pelo legislador são as mais indicadas para a efectivação destes direitos. Para Jorge Miranda, entre tantos outros, a igualdade material não é inata, não bastando pois que seja afirmada.²⁹ Ao contrário do que se aplica aos direitos tributários dos movimentos liberais, cuja efectivação é, em grande medida, maior quanto menor for a intervenção do Estado, já quanto aos direitos sociais, que pressupõem que o Estado actue sobre a realidade social, “o direito de índole social realiza-se tanto mais quanto maior for a acção do sujeito passivo, o Estado” (1978a: 307).

Por outro lado, a doutrina tem-se dedicado a destrinçar qual é a lógica da sua disposição sistemática dentro do título III, a determinar que tipo de normas se trata e a classificá-las e, de seguida, a averiguar o regime que se lhes aplica. Não se discutem, todavia, as suas vantagens e desvantagens, antes alguns dos problemas que colocam ao aplicador da lei.³⁰ Por fim, tecem-se alguns comentários sobre questões essenciais, relativas ao lugar dos DS no ordenamento jurídico português e à sua aplicação e interacção com outros preceitos, que têm vindo a dividir a doutrina. Analisemos então, em separado, de todas estas questões aquelas às quais a doutrina tem vindo a conferir maior destaque.

As fontes imediatas dos direitos sociais – os projectos dos partidos

Apesar de todos aqueles que estudam em profundidade este tema, não são muitos os académicos que se refiram com pormenor nas suas obras aos trabalhos preparatórios da constituição e das suas revisões. As mais das vezes, é expandido mais tempo em considerações sobre opções

²⁸ Às normas não directamente exequíveis que consagram DLG pode, por isso, aplicar-se a figura da inconstitucionalidade por omissão.

²⁹ Miranda, 1978a: 306.

³⁰ Na doutrina estrangeira, mais concretamente, na alemã, encontramos uma obra muito relevante a este respeito. Na sua teoria dos direitos constitucionais, Alexy enumera de forma extremamente interessante e relevante argumentos a favor e contra a constitucionalização de direitos sociais. Referindo-se ao caso alemão, demonstra que, embora não havendo um catálogo extenso (há apenas um direito expressamente consagrado) os direitos sociais fundamentais podem ser (e têm sido) derivados do princípio geral da dignidade humana (2004: 289).

tomadas em constituições anteriores e estrangeiras do que, por exemplo, nos projectos dos partidos e nos debates sobre os mesmos. Jorge Miranda, que dedica alguns parágrafos de mais do que uma das suas obras aos projectos, dá-nos uma perspectiva interessante e pouco habitual a este respeito (1978a: 317-322).³¹ De facto, afirma que “a problemática dos direitos fundamentais foi das mais candentes na Assembleia Constituinte de 1975-1976” em que perpassavam dos projectos dos partidos “correntes ideológicas bem identificadas” (1993: 121). Ainda assim, fica por explicar a razão pela qual uma determinada formulação terá sido escolhida em detrimento de outra, ou que debates terão sido mais polémicos.

Jorge Miranda dedica-se então brevemente a expor e comentar as ideias essenciais de cada um dos projectos dos partidos com assento na assembleia constituinte,³² acabando por concluir que estes estavam separados em dois grupos devido a uma “clivagem sensível”: os projectos do CDS, do PPD e do PS enquadravam-se na tradição do constitucionalismo ocidental, enquanto os do PCP, MDP/CDE e UDP no constitucionalismo de matriz soviética e leninista (1993: 125). Mais, enquanto o projecto do CDS era “um projecto liberal”, que dava pouca importância aos direitos sociais, o do PS consagrava tanto DLG como DS, dando mais relevância aos primeiros, e ressaltava os direitos dos trabalhadores; o projecto do PPD também consagrava ambos os tipos de direitos, embora de forma diferente, e incluía um título com princípios gerais; o do PCP privilegiava os DS mas não deixava totalmente de parte os DLG; os projectos do MPD/CDE e da UDP davam apenas importância aos DS, que eram integrados no “combate revolucionário em curso” (*Idem*: 125).

Esta breve análise permite desde logo perceber, pelo menos em parte, as origens das soluções acolhidas na versão original da constituição. Todavia, voltamos a frisar que, na generalidade da doutrina, muito fica por ser dito sobre os debates, matéria que seria, indubitavelmente, útil para a compreensão dos preceitos em análise.

O sistema de direitos sociais

Na versão de 1976, o título III, relativo aos DS, dividia-se em quatro capítulos: o primeiro, com apenas um artigo, consagrava um princípio geral relativo à forma de efectivação dos DS (artigo 50º); o capítulo II continha o catálogo de direitos e deveres económicos (artigos 51º a 62º); o capítulo III cingia-se aos direitos e deveres sociais (artigos 63º a 72º); e, finalmente, o capítulo IV enunciava os direitos e deveres culturais (artigos 73º a 79º). Esta configuração foi alterada logo em 1982, por força da eliminação do artigo 50º, mantendo-se hoje apenas três capítulos, relativos a cada tipo de direito em função do objecto (económico, social ou cultural). Também a própria formulação dos preceitos deste título III foi sujeita a alterações ao longo das várias revisões, algumas mais relevantes do que outras.

Para além desta arrumação sistemática, cada capítulo deste título III contém diferentes tipos de normas, não se tratando meramente de direitos positivos. Algumas são-no, de facto (como o direito à saúde ou o direito à habitação), mas também há liberdades (direito de propriedade, por exemplo), direitos que impõem obrigações ao Estado mas também a terceiros, e deveres. Há também direitos de determinadas categorias de pessoas (trabalhadores, cidadãos, crianças ou

³¹ De uma maneira geral, as constituições anotadas e comentadas que consultámos incluem elementos desta ordem mas nem sempre em pormenor. Mais interessante porque particularmente pormenorizada é, porém, a obra de José Magalhães sobre a segunda revisão constitucional (Magalhães, 1989).

³² Projectos esses que se encontram na obra desse mesmo autor: 1978b, vol I: 231 e ss.

jovens, por exemplo), e outros de toda a colectividade. É, pois, de seguir a recomendação de Gomes Canotilho e de Vital Moreira quanto à necessidade de ter alguma cautela ao analisar este título sob pena de “cair em generalizações precipitadas e infundamentadas” (1978: 59). Há também quem defenda que da jurisprudência constitucional decorre uma diferenciação entre DS, alguns tendo um “estatuto diferenciado” face aos demais (Melo Alexandrino, 2006: 605).

As revisões constitucionais e o sistema constitucional de direitos fundamentais

Ao longo das várias revisões a Parte I, relativa aos direitos fundamentais, sofreu várias modificações com implicações a vários níveis. Por um lado, alguns direitos foram deslocados do título III para o título II, o que veio acentuar a divisão sistemática em DLG e DS. Por outro, foram adicionados alguns direitos e modificaram-se as formulações de alguns preceitos. Houve também mudanças importantes no domínio da tutela jurisdicional dos direitos, que ocorreram noutras partes da constituição. De entre todas estas alterações, as mais significativas no que toca aos direitos à educação e à saúde serão discutidas em sede própria, o mesmo valendo para o regime da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão. Cabe-nos então agora cingir-nos às considerações tecidas pela doutrina de carácter mais geral sobre as mudanças na Parte I.

Com a **primeira revisão** constitucional, as modificações operadas na parte atinente aos direitos fundamentais denotam uma reorganização que, segundo Jorge Miranda, adopta um critério estrutural de distinção entre os preceitos do título II e III. “Quase todos” os direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores são deslocados para o título II, enquanto este último é, à imagem do que já era feito no título III quanto aos DS, dividido em três capítulos (direitos, liberdades e garantias pessoais; direitos de participação política; e, por fim, direitos dos trabalhadores) (1993: 132-133). Este esforço de sistematização e de clarificação por parte do legislador facilitou a tarefa do leitor e do intérprete, embora não a tenha resolvido por completo. Gomes Canotilho e Vital Moreira afirmam que, de um modo geral, as alterações de 1982 à Parte I não alteraram o “sentido originário” dos preceitos dedicados aos direitos fundamentais, “antes o sublinharam e aperfeiçoaram” (1991: 96). A nível dos DS, é importante destacar o facto de a revisão ter vindo reforçar a dimensão subjectiva essencial dos mesmos, “transformando aquilo que anteriormente se apresentavam como deveres estaduais em direitos, em autênticos direitos sociais” (1991: 129). De facto, ao enunciar que “a família” (art. 67º) e “os pais e as mães” (art. 68º) “têm direito à protecção da sociedade e do Estado” (artigos 67º e 68º) e que “as pessoas idosas têm direito à segurança económica” (art. 72º), produziu-se uma mudança significativa para aqueles a quem já antes, na versão original da constituição, se dirigiam aqueles artigos, mas a quem não se atribuíam expressamente direitos, falando a doutrina de meras “imposições constitucionais” e “garantias institucionais” (veja-se, por exemplo, Gomes Canotilho e Vital Moreira, 1978: 173).

Para Vieira de Andrade, e fruto das alterações operadas à constituição económica, é de destacar o facto de a vinculação dos DS à construção de uma sociedade socialista ter sido afastada com a revisão de 1982 (2001: 97), nomeadamente através da supressão do artigo 50º, um princípio geral que era aplicável a todos os DS.

A **segunda revisão**, por seu lado, incidiu de forma significativa na formulação específica de alguns direitos (nomeadamente no que respeita aos DLG, a propósito da informação e da comunicação social e, no que toca aos DS, ao direito à saúde). Em termos sistemáticos, há a destacar a deslocação do preceito sobre protecção dos consumidores para o título II, quando até então constava da secção atinente à organização económica (Miranda, 1993: 134). No entanto, esta revisão foi menos extensa e menos profunda do que a primeira, não tendo igualmente sido

perturbada a “filosofia constitucional” no capítulo de direitos fundamentais (Gomes Canotilho e Vital Moreira, 1991: 98).

Embora admita que não se alterou a essência do texto constitucional original, para José Magalhães esta segunda revisão é “um reflexo constitucional parcial do retrocesso, no plano dos factos, dos processos de transformação social e política” e implicou a alteração nos mecanismos de garantia de “conquistas sociais do Estado-providência” (1989: 102). Cremos que esta afirmação é, em parte, atribuível à alteração atinente ao SNS, que passou a ser “tendencialmente” gratuito. Este autor refere ainda terem sido discutidos desenvolvimentos importantes quanto a questões concretas como a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais. Destaque-se, a este nível, a proposta (não sucedida) do PCP de introduzir a figura do recurso de amparo, com vista à fiscalização de actos políticos violadores destes direitos.

Já em 1982 José Magalhães prognosticava quais seriam as grandes questões em debate na revisão subsequente. Os temas da saúde e da educação seriam, a seu ver, susceptíveis de serem afectados pela jurisprudência do tribunal constitucional. Esse desenvolvimento poderia estar, por exemplo, na origem de mais propostas de limitação da garantia pública do direito à saúde (*Idem*: 107). Na realidade, tal não sucedeu. A **terceira revisão** não incidiu sobre os preceitos relativos aos DS, apenas tocando na matéria dos direitos fundamentais a respeito da participação política (artigo 15º nº5). Só em **1997**, mas em pequena escala, se voltou a alterar o título III. Desde 1997, e à excepção de duas modificações menores nos preceitos atinentes aos direitos à família e à habitação, o catálogo permanece o mesmo.

Os temas mais debatidos pela doutrina

Para Jorge Miranda, há um regime comum aos DS embora tal não decorra expressamente da constituição. O que explica esta omissão? Na sua opinião, explica-se, por exemplo, pelo facto de o legislador atribuir maior importância aos DLG, por os DS serem mais recentes, e por haver menor discussão doutrinária e jurisprudencial em torno dos mesmos (1993: 340). Contudo, defende a importância de encontrar um regime comum aos DS para traduzir a singularidade destes face aos DLG.

Na sua opinião, são várias as características dos DS: em primeiro lugar, resulta dos preceitos de onde estes decorrem que cabe ao Estado a tarefa fundamental de efectivar os DS (artigo 9º d)) (*Idem*: 342). Por outro lado, a sua efectivação pressupõe a participação dos interessados imediatos e da sociedade civil (*Idem*: 346), na medida em que o legislador terá incluído na CRP mecanismos que procuram proceder à efectivação da democracia participativa entre nós. Mais, para a realização dos DS, os órgãos políticos e legislativos devem ponderar como agir em função dos recursos disponíveis (*Idem*: 348). No entanto “por regra, o conteúdo essencial de todos os direitos deverá sempre ser assegurado” e só o que estiver para além dele está à disposição do legislador (*Idem*: 349). Aos DS cabe também formas de tutela adequada: para além da possibilidade de haver inconstitucionalidade por acção, a constituição inclui um método próprio para avaliar se as normas programáticas são violadas pelo legislador ordinário: a figura da inconstitucionalidade por omissão é a sua violação mais característica (*Idem*: 351). Ao contrário dos DLG, onde a competência legislativa compete principalmente à Assembleia da República, no caso dos DS essa competência é, salvo algumas excepções, concorrential, logo partilhada entre o governo e a AR, e também por vezes pelas assembleias legislativas regionais. Por fim, os DS constituem limites materiais de revisão constitucional: aqueles DS que são enumerados na DUDH representam, por força do artigo 16º, nº2, limites implícitos ao legislador de revisão (nomeadamente os direitos à

saúde e à educação). Para Jorge Miranda, isto significa que nem o conteúdo essencial desses direitos, nem o seu regime podem ser afectados por uma revisão constitucional (*Idem*: 352). Tratemos então de algumas destas questões em maior pormenor.

Direitos sociais enquanto direitos positivos dependentes da acção do legislador ordinário

A doutrina tem trabalhado sobre esta particular característica dos direitos fundamentais sociais portugueses e, à imagem do que diz Jorge Miranda, fala-se da tarefa do legislador na sua concretização e na sua liberdade de conformação, liberdade essa que não é absoluta sob pena de não haver qualquer vinculação, o que iria contra o espírito dos preceitos (Reis Novais, 2006: 190). De facto, como são liberdades concretas, que não basta proclamar, exige-se uma intervenção do legislador que há-de determinar mais concretamente os preceitos constitucionais, pois que embora não determinados (embora tal varie de preceito para preceito) são determináveis (Vieira de Andrade, 2001: 178). Ora, importa lembrar que os DS exigem ao legislador que legisle, pois essa é a forma primordial de concretizá-los – são pretensões a uma acção legislativa, ou “*leges imperfectae*” (Gomes Canotilho, 2002: 369) e o legislador tem, pois, para alguma doutrina, um verdadeiro dever de legislar (Pereira da Silva, 2003). No que toca a este ponto, o acórdão 330/89 do TC é particularmente relevante.

A reserva do possível na concretização dos DS e a sua realização progressiva

Quanto a esta questão, não parece haver polémica entre a doutrina portuguesa. De facto, é neste domínio que a doutrina dá conta da realidade (a conjuntura económica; as opções políticas) e da forma como esta é articulada com os direitos positivos. Dada a limitação dos recursos ao dispor do Estado, é inevitável que este tenha de fazer opções. Em cada momento, o Estado precisará de ter em conta os recursos de que dispõe quando os afecta à realização de certos preceitos constitucionais. Na sua vertente de direitos a prestações, a efectivação dos DS está limitada aos recursos existentes, sendo, em si mesmos, direitos sob reserva da possibilidade social (Vieira de Andrade, 2001: 58; veja-se, no mesmo sentido, Gomes Canotilho e Vital Moreira, 1991: 130). Mais, porque estes direitos, não podem, em princípio, ser realizados de uma só vez, por falta de recursos, porque as necessidades estão em permanente mutação, diz-se que os DS são de realização progressiva, que tendem a concretizar-se ao longo do tempo. Também neste sentido aponta a formulação precisa de alguns preceitos, onde advérbios como “progressivamente” indicam o caminho que haverá a percorrer antes da realização plena desses direitos.³³ Ainda assim, a doutrina também defende que se no momento em que são consagrados já há recursos para os efectivar, estes têm então aplicação directa (Miranda, 2000: 384).

O conteúdo mínimo dos DS

Ora, ao mesmo tempo que é reconhecida a inevitabilidade das limitações ou problemas de concretização dos DS, a maioria da doutrina insiste que tal não deve, na prática, significar uma carta branca para o legislador. Não deixa de haver uma vinculação aos DS mesmo quando os recursos são escassos. Donde a discussão da ideia de um conteúdo mínimo ou essencial dos DS, segundo a qual existem elementos em cada direito que devem ser concretizados em qualquer altura, e sem os quais este não estará a ser respeitado. A ideia de um conteúdo mínimo também surge inúmeras vezes na doutrina estrangeira sobre direitos económicos, sociais e culturais, tanto

³³ Veja-se o artigo 74º, alínea e), onde se dispõe que cumpre ao estado “Estabelecer progressivamente a gratuidade de todos os graus de ensino”.

a nível nacional³⁴ como no âmbito do direito internacional dos direitos do homem. Nesses contextos, o conceito tem precisamente o mesmo alcance e depara-se com alguma polémica. Para os seus defensores, trata-se de uma forma de ajudar os Estados a definir prioridades. Vêm-no como um ponto de partida na concretização de direitos que, pela sua natureza, são de realização progressiva, tendo em conta a escassez de recursos. Ora, para os seus detractores, em vez de se tratar de um ponto de partida, esse conteúdo mínimo torna-se num objectivo final, num ponto de chegada, que os Estados dificilmente atingirão e a partir do qual nada mais farão.³⁵

Entre nós, autores como Jorge Miranda (1993: 349), Vieira de Andrade (2001: 183) e Gomes Canotilho e Vital Moreira (1991: 130) sustentam a existência do “mínimo”. No entanto, e muito embora tenham sido feitas algumas sugestões neste sentido, a doutrina não define o que será esse conteúdo mínimo ou essencial de cada DS, deixando essa tarefa para o aplicador da lei.³⁶ Outros autores, porém, criticam esta interpretação por defenderem que não contribui para a efectivação dos DS (Reis Novais, 2006: 207). Como se verá, também a jurisprudência não tem sido alheia a este conceito.³⁷ Por outro lado, também é importante notar o facto de a doutrina analisar esta questão em ligação com o princípio da dignidade humana e com a questão do mínimo existencial.³⁸

A proibição do retrocesso social

A questão da proibição do retrocesso social é outra que tem gerado um debate doutrinário significativo. A ideia essencial a ter em mente é a de que, por se considerar que os DS se devem realizar de forma progressiva, e independentemente da escassez de recursos, em qualquer caso, o legislador estará impossibilitado de introduzir reformas que voltem atrás no progresso já alcançado na realização de um certo direito social. Será que, de acordo com a constituição, não se pode “descumprir” o que já foi cumprido? Grande parte da doutrina parece ser favorável a esta ideia (Pereira da Silva, 2003: 247). Esta foi, em certa medida, a tese acolhida pelo próprio TC, mas apenas uma única vez, num caso relativo ao SNS (acórdão 39/84), onde se dispunha que, “após ter emanado uma lei requerida pela Constituição para realizar um direito fundamental, é interdito ao legislador revogar essa lei repondo o *statu quo* anterior. A instituição, serviço ou instituto jurídico por ela criados passam a ter a sua existência constitucionalmente garantida. Uma nova lei pode vir alterá-los ou reformá-los, nos limites constitucionalmente admitidos, mas não pode vir extingui-los ou revogá-los.”

De facto, também para Gomes Canotilho e Vital Moreira “as normas constitucionais que reconhecem direitos económicos, sociais e culturais de carácter positivo têm pelo menos uma função de garantia dos graus de realização, atingida em cada momento, por esses direitos” (1978: 64 e também, no mesmo sentido, 1991: 131). Paulo Otero, por seu lado, distingue entre os casos em que o retrocesso é absoluto (nos casos dos direitos ligados à inviolabilidade da vida humana e de condições mínimas) e em que uma redução de medidas já concretizadas é inconstitucional; e os casos em que existe apenas uma proibição de arbitrariedade no processo de retrocesso: pode

³⁴ Alexy, por exemplo, refere-se a um “mínimo vital” (citado em Gomes de Andrade, 2006: 56). Ver também Alexy, 2004: 344 e ss.

³⁵ O próprio órgão que tutela a aplicação do Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais tentou dar passos no sentido de alcançar uma definição de um “minimum core content” para cada direito. Veja-se os comentários gerais nºs 13 e 14, sobre os direitos à educação e à saúde, respectivamente.

³⁶ Canotilho refere-se a um “standard mínimo” no qual se incluem, por exemplo, o rendimento mínimo garantido e as prestações de assistência social (2000: 518).

³⁷ Este conceito foi expressamente referido numa declaração de voto ao acórdão 148/94.

³⁸ Veja-se, neste sentido, Gomes de Andrade, 2006: 56 e ss.

haver retrocesso desde que este seja devidamente fundamentado. Em qualquer caso, este juízo é passível de ser controlado jurisdicionalmente (2007: 590).

Autores há que, embora não concordem com a existência na constituição de um princípio autónomo que expressamente proíba a *reformatio in pejus*, admitem que deve haver uma certa garantia de estabilidade no ordenamento. Por isso, concordam que seja declarada a inconstitucionalidade material de normas que revoguem outras normas conformadoras de DS sem que estas sejam substituídas (Vieira de Andrade: 2001: 393). Jorge Reis Novais, por seu lado, também é contra a existência de uma qualquer imposição juridicamente vinculante neste sentido, dado que os DS estão sob reserva do possível. Mais, a seu ver, o TC não tem competência para decidir sobre matérias destas que afectem o orçamento (Reis Novais, 2004: 294-295).

Jorge Pereira da Silva dedicou-se com alguma profundidade a analisar este conceito, tanto em função da doutrina como da jurisprudência a este respeito, acabando por concluir que é um princípio vago e que surgiu em 1976 num contexto particular. Nessa altura, revestia-se de uma carga ideológica, estando associado ao caminho para o socialismo, carga essa que se perdeu, pelo menos em parte, com a revisão de 1989 (2003: 247 e ss. e 2002: 47). Afirma ainda que pode voltar a ter uma carga ideológica nos nossos dias se for utilizado por aqueles que se opõem às tendências para a redução do Estado social (2003: 252).

Os direitos fundamentais sociais e o princípio da dignidade humana

Questão tida por importante pela doutrina e, pela jurisprudência recente do TC, é a da articulação entre os DS e os vários princípios consagrados na constituição e, em particular, o princípio da dignidade humana. É no artigo 1º da constituição que surge este conceito, ao afirmar-se que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

Princípios como os da dignidade humana, da proporcionalidade e da confiança têm, de facto, sido apontados como ajuda à superação das várias dificuldades específicas dos DS (mas também dos DLG). A dignidade humana surge como critério interpretativo e integrativo do sistema de direitos fundamentais: em caso de dúvida, deve optar-se pela opção que mais respeite a dignidade do cidadão.³⁹

Ora, a doutrina tem notado como o próprio TC, quando colocado perante normas que alegadamente violam normas constitucionais consagradoras de DS, tem cada vez mais vindo a recorrer à aplicação deste princípio, em vez de procurar definir mais concretamente o verdadeiro significado de cada direito.⁴⁰ Para alguns autores, este desenvolvimento não é de saudar. Gomes Canotilho refere-se aliás a ele como um dos factores de “deslocação da socialidade”. Esta jurisprudência faz com que estejamos a assistir a um “esvaziamento solidarístico” que, a seu ver, “coloca entre parênteses os direitos sociais, como se não houvesse direitos sociais autonomamente recortados, mas refacções sociais da dignidade da pessoa humana aferida pelos standards mínimos da existência” (Gomes Canotilho, 2006: 82). Para Jorge Reis Novais, embora questionável, este excuroso pode ter consequências positivas: “foi por essa via que, ainda assim, [o

³⁹ A propósito do princípio da dignidade, ver, entre outros, Reis Novais, 2004: 51 e ss e também Gomes Canotilho e Vital Moreira, 2007: 196-199.

⁴⁰ Ver, nomeadamente, Reis Novais, 2004: 64 e ss. O acórdão emblemático a ter em conta é o 509/92, a propósito do rendimento mínimo garantido.

TC] manteve indirectamente viva a ideia da relevância jurídica dos direitos sociais” (2006: 195). É igualmente a partir deste princípio que se desenvolveu a ideia do mínimo indispensável a uma existência condigna (*Idem* e 2004: 66-68), que é visto por alguma doutrina como um novo direito fundamental.⁴¹ Mais haverá a dizer sobre esta questão quando analisarmos a jurisprudência do TC.

As consequências da extensão do catálogo dos direitos fundamentais (e dos direitos sociais)

Outro elemento frisado por alguma da doutrina é precisamente o dos efeitos da extensão do catálogo de direitos sociais. Para Melo Alexandrino há uma correlação negativa entre o número de direitos consagrados e a sua realização prática (Melo Alexandrino, 2007: 18). Aliada à heterogeneidade dos direitos consagrados no título III, a extensão da lista pode levar a um enfraquecimento daqueles que são mais facilmente concretizáveis, à sua banalização (Gomes de Andrade, 2006: 52). Paulo Otero, por seu lado, sugere que se estabeleçam limites à enumeração de direitos (2001: 155). Defende ainda que a extensão dos DF, bem como a confusão sobre qual a sua natureza (se são posições jurídicas subjectivas, meras garantias, etc.) pode gerar uma concorrência entre direitos e colisão entre os mesmos. O autor teme pelo esvaziamento do conceito de Estado de direitos fundamentais e alerta para o risco do regresso ao totalitarismo.

A crise do Estado social e o papel da Administração Pública na concretização dos direitos sociais

Para além do papel do legislador, a doutrina tem inevitavelmente trabalhado sobre a actuação da Administração Pública (AP): não só a AP é também destinatária dos DS, como a concretização daqueles cada vez mais depende da actuação daquela, estando até, para alguma doutrina, refém dela (Otero, 2007: 345). Paulo Otero defende que a sua concretização levou, por um lado, a um maior intervencionismo do Estado; ao alargamento das tarefas da AP, e à crescente actuação reguladora da AP, o que, por sua vez, teve como consequência a progressiva desvalorização do papel do poder legislativo: o governo assumiu o papel de guardião do bem-estar. Ora, na sua opinião, por a igualdade parecer prevalecer sobre a liberdade, estarmos num Estado de mal-estar. A ponderação dos custos sociais e políticos torna difícil retroceder nesta posição ou sequer defender uma postura neoliberal a este respeito – estamos, então, perante um impasse: (os Estados de direitos fundamentais, por confiarem a gestão do bem-estar ao governo e esquecerem o poder legislativo, aproximam-se dos Estados totalitários (*Idem*: 168).

Por outro lado, a doutrina tem-se dedicado a analisar as consequências da chamada crise do Estado social, vista como um problema político mas também jurídico, na medida em que o poder político, perante um novo contexto económico e social, se sente na necessidade de alterar, repensar a realização dos direitos sociais.

Parece haver entre a doutrina portuguesa duas grandes posições a respeito da crise do Estado social ou Estado-providência e das consequências que este tem sobre a realização e efectivação dos direitos sociais em Portugal, assim como perspectivas mais intermédias. De um lado, encontram-se aqueles que, à luz da influência do neoliberalismo, reinterpretem ou acentuam anteriores visões dos direitos sociais em que predominava o imperativo de aumentar o papel do

⁴¹ Veja-se Melo Alexandrino, 2006: 626, onde faz uma análise aprofundada da jurisprudência do TC. Neste aspecto, veja-se igualmente Alexy, 2004: 289 e ss., a propósito da evolução da jurisprudência alemã na sua interpretação do princípio da dignidade humana.

Estado. Os direitos sociais são cada vez mais vistos como estando longe do contexto marcadamente socialista e de justiça social em que foram consagrados na constituição, passando a ser considerados à luz das novas realidades sociais e políticas, nomeadamente o envelhecimento da população, o acesso massificado ao ensino, entre outros, que evidenciam a escassez dos meios existentes para concretizar as tarefas e os serviços eminentemente universais a que a CRP inicialmente vinculou o Estado. Outros há, porém, que embora não negando as dificuldades com que se depara o Estado para pôr em prática as normas concretizadoras de imposições constitucionais de DS, nem a contínua insatisfação da população com a qualidade dos serviços prestados pelo Estado, e reconhecendo a necessidade e as vantagens da introdução de mecanismos que visam aumentar a sua eficácia, que passam nomeadamente pela abertura ao sector privado, lamentam a cedência à lógica de mercado e alertam para a necessidade de manter vivo o espírito da constituição.

Do primeiro lado encontramos, nomeadamente, Rui Machete, que sustenta como ao antigo Estado-providência se substituiu um novo paradigma em que a tendência é justamente para reestruturar as instituições existentes de forma a torná-las mais eficientes e a reduzir as tarefas do Estado, que de principal fornecedor de serviços essenciais passaria então a mero regulador, orientador, e com capacidade para intervir quando os serviços não fossem completamente providenciados pelo sector privado (Machete, 2002: 32). Neste panorama, Portugal é visto como estando numa situação de ambiguidade devido ao facto de a constituição de 1976, mesmo com as alterações introduzidas pelas várias revisões, ter conferido ao Estado várias tarefas, por um lado, ao mesmo tempo que, com a adesão à CEE, ter incorporado uma matriz favorável ao mercado no que toca aos serviços públicos do Estado (*Idem*: 28). Em resposta a esta relativa ambiguidade, Rui Machete defende que Portugal tem mantido a sua posição de “titular e principal agente” em certos sectores (saúde, educação e segurança social) enquanto se verifica uma tendência para aligeirar gradualmente o seu domínio sobre os serviços públicos de carácter económico (*Idem, ibidem*). Neste último domínio, continua este autor, deu-se uma revolução que pode inspirar mudanças também naqueles outros sectores. Ter “outro Estado” é um imperativo (*Idem*: 32).

Também nesta esteira encontramos um autor como Vieira de Andrade, que, perante as transformações ocorridas desde 1976, se interroga sobre qual será o sentido e alcance dos direitos sociais na CRP, sustentado ser “possível e urgente dar-lhes um novo significado, pluralista, humanista e libertador” (2002: 35). Tal como Rui Machete, entre o liberalismo do século XIX e o igualitarismo do século XX, ambos superados, antevê que se caminha para um “sistema de equilíbrio” (*Idem*: 39), em que o Estado terá eventualmente de garantir existência de certos serviços essenciais mas sem deter um monopólio dos mesmos, e em que estes não sejam necessariamente gratuitos, na medida em que serviços gratuitos “têm revelado efeitos fortemente regressivos em termos sociais, favorecendo sobretudo os que menos precisam” (*Idem, ibidem*). Os direitos sociais, por mais que sejam normas constitucionais imperativas, fazem parte da constituição, um “quadro normativo aberto” que não se reconduz a um programa de governo, e não-de “deixar sempre um espaço vasto para escolhas vastas entre alternativas” (*Idem*).

A perspectiva de Jorge Pereira da Silva, num contexto menos de análise exclusivamente jurídica do que de reflexão política, é também próxima das duas anteriores, embora apresente argumentos mais interessantes. O autor começa por lembrar como em 1976 o Estado social já se encontrava em crise noutros países. De facto, no momento em que os constituintes optaram por dar dignidade constitucional aos direitos sociais enquanto “direitos económicos, sociais e culturais”, fizeram-no por força da influência tanto de determinadas forças políticas mais

próximas das socialistas, para quem estes direitos eram “um “cavalo de Tróia” do socialismo” como outras para quem estes eram vistos como o “salva-vidas” do sistema capitalista”. Este compromisso, senão mesmo um “equivoco”, segundo o autor, implica que o Estado-providência português tenha nascido “já em crise” (2002: 41). De facto, quando estava apenas em fase de construção, o Estado social português é confrontado como uma crise com três vertentes – financeira, de eficácia e de legitimidade, ao mesmo tempo que factores económicos levaram a que a efectivação tenha sido e continue a ser insuficiente e de má qualidade (*Idem*, 42). Tal como noutros países, as reformas a este modelo não tardaram. Tomaram a forma das chamadas “medidas liberalizadoras” como as taxas moderadoras na saúde e as propinas no ensino superior, entre outras, com o objectivo de levar a que os beneficiários suportassem parte dos custos dos serviços prestados pelo Estado. E é aqui, sustenta, e bem, o autor, que podem surgir questões de constitucionalidade. Na sua opinião, dois princípios norteiam a resposta aos problemas colocados: universalidade e retrocesso social. A universalidade tem de ser vista em conjunto com o princípio da igualdade, o que pode levar a um tratamento selectivo (*Idem*, 44), colocando-se então a questão de saber quem mais precisa das prestações do Estado (*Idem*). Por outro lado, como vimos já acima, defende que o princípio do retrocesso é incoerente e não pode ser visto como um “limite autónomo à actuação do legislador” (*Idem*: 48).

Canotilho, por seu lado, encontra-se mais próximo da segunda posição descrita, ao mostrar-se desiludido com o que chama de “deslocação da socialidade” (Gomes Canotilho, 2006). Nos dias que correm, defende este autor, as atribuições do “velho Estado social” dependem em parte de outras instituições que não a AP (Gomes Canotilho, 2002: 352). O fenómeno da “deslocação da socialidade” também se manifesta a nível dos “bens sociais” (como o ensino e a segurança) que, por força de “políticas liberalizadoras (globais e europeias)” passam a ser “bens privados” primordialmente prosseguidos por serviços privados e “só excepcionalmente” por serviços públicos (Gomes Canotilho, 2006: 83). No entanto, sustenta este autor que não estamos perante uma “desconstrução” do Estado social, na medida em que, apesar das transformações ocorridas, se mantêm as “dimensões inarredáveis da socialidade estatal” (Gomes Canotilho, 2002: 353). A estes fenómenos junta-se igualmente o da “dessolidarização liberal empresarial”, que leva a que os serviços públicos sejam transformados em “indústrias de serviços” o que não é necessariamente um elemento negativo, muito pelo contrário (2006, 83).

C. A tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, e em particular dos direitos sociais pela Comissão Constitucional e o Tribunal Constitucional

É indispensável dedicarmos nesta fase algum tempo a uma breve análise do tratamento doutrinário da questão da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais. Actualmente, existem três formas de protecção destes direitos pelo Tribunal Constitucional. Em primeiro lugar, o controlo concreto da inconstitucionalidade: nos casos em que uma norma viola direitos fundamentais, o particular tem de invocar esse aspecto em relação a um caso concreto perante o tribunal competente. Se esse tribunal discordar, o particular pode em princípio recorrer para o TC, que determinará se o tribunal decidiu ou não em conformidade com a constituição (artigo 280º). Depois, existe a figura do controlo abstracto (a inconstitucionalidade por acção), aplicável aos casos em que exista uma norma violadora de direitos fundamentais: a legitimidade para desencadear este mecanismo está vedada a um número limitado de entidades, entre os quais não se inclui o particular ofendido pela norma (artigo 281º). Este apenas pode indirectamente apelar a

uma das entidades enumeradas na constituição para que aja.⁴² Por fim, existe o controlo por omissão.⁴³ A figura da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão (FIO) goza no contexto da análise dos direitos sociais de uma posição de destaque. De facto, é o mecanismo aplicável por excelência àquelas situações em que o legislador ordinário, incumbido pela constituição de dar exequibilidade a uma norma constitucional, não o terá feito. Muitas das normas que prevêm direitos sociais têm de facto esta estrutura, donde a importância de analisar o regime aplicável à FIO. No entanto, não esqueçamos que a violação de direitos sociais, quando estes estiverem consignados em preceitos preceptivos e forem exequíveis, dará lugar a fiscalização da inconstitucionalidade por acção e não já por omissão. Foquemo-nos então nos casos de omissão legislativa e na atenção que tem merecido por parte da doutrina.

Relembremos ante de mais o facto de a doutrina alertar logo para o facto de a tutela dos DS ser menos intensa do que para os DLG, tanto a nível da protecção institucional prevista como dos remédios existentes (Vieira de Andrade, 2001: 395). De facto, o acesso à figura da FIO, justamente (mas não só) vocacionado para agir sobre a inércia do legislador no caso de direitos sociais, é limitado, e os efeitos de uma decisão do TC nesse sentido são bastante mais reduzidos do que em outros casos. Este aspecto é particularmente notório quando comparada a legitimidade activa para despoletar uma acção por omissão àquela que vigora para a inconstitucionalidade por acção, sendo esta última significativamente mais ampla.⁴⁴ É desde logo clara a cautela que o legislador quis ter com esta figura, que se situa entre funções de poderes diferentes, o político e o jurídico (Miranda, 2001: 276). Outro aspecto interessante é o facto de ter sido desde cedo uma figura bastante polémica: se houve quem a quisesse suprimir na primeira revisão constitucional,⁴⁵ outros há que, pelo contrário, propuseram que se aumentasse a legitimidade activa, permitindo a mais pessoas accionarem este mecanismo. Recentemente, não só se tem explorado esta questão como se tem analisado a própria actuação do TC e concluído que há espaço para reformas que tornariam mais eficaz a tutela jurisdicional dos DS (Reis Novais, 2006: 155 e ss; veja-se também, contra, Araújo e Teles Pereira, 2006: 225-226).

No que toca à análise do ordenamento jurídico que regula a fiscalização da inconstitucionalidade, remetemos para as obras já antes referidas bem como para muitas outras, dado que a produção doutrinária é, neste domínio, assinalável. Salientamos, por exemplo, o trabalho de Miguel Lobo Antunes (bastante relevante para a análise do trabalho da CC), de Carlos Blanco de Moraes e António de Araújo, para enumerar apenas três.⁴⁶

⁴² De acordo com a actual redacção do nº2 do artigo 281º, têm legitimidade para tal as seguintes entidades:

“a) O Presidente da República;
b) O Presidente da Assembleia da República;
c) O Primeiro-Ministro;
d) O Provedor de Justiça;
e) O Procurador-Geral da República;
f) Um décimo dos Deputados à Assembleia da República;
g) Os Representantes da República, as Assembleias Legislativas das regiões autónomas, os presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, os presidentes dos Governos Regionais ou um décimo dos deputados à respectiva Assembleia Legislativa, quando o pedido de declaração de inconstitucionalidade se fundar em violação dos direitos das regiões autónomas ou o pedido de declaração de ilegalidade se fundar em violação do respectivo estatuto.”

⁴³ Para mais sobre o sistema português de fiscalização da constitucionalidade, veja-se, entre tantos outros, Araújo, 1995, Casalta Nabais, 1989 e Miranda, 2000.

⁴⁴ Compare-se os artigos 281º e 283º.

⁴⁵ Barbosa de Melo *et al* afirmavam que este mecanismo não poderia subsistir após a extinção do CR (1981: 144).

⁴⁶ Lobo Antunes, 1984; Blanco de Moraes, 2002 e 2005; Araújo, 1995.

A tutela dos DS e a figura da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão – origens no panorama constitucional português

As origens desta figura, tanto em Portugal como em ordenamentos jurídicos estrangeiros, são um dos temas debatidos pela doutrina. Entre nós, há quem refira que tem origem na constituição da Jugoslávia, embora outros discordem que tenha sido uma influência entre nós (Rodríguez, 2006: 243 e Miranda, 2001: 277). Jorge Pereira da Silva, que traça uma história pormenorizada do instituto em Portugal (mas não só) lembra que surgiu pela primeira vez no contexto da constituição de 1933 (2003: 141). Em qualquer caso, parece ser pacífico que mecanismos desta índole têm surgido no contexto de constituições com normas programáticas, nomeadamente com normas consagradoras de DS (Blanco de Moraes, 2005: 462 e ss.). Ainda que provenha da Jugoslávia, é, em qualquer caso, vista como um mecanismo original. Desde 1976, apenas a constituição de alguns países da América Latina (nomeadamente a Brasileira), a angolana e a Húngara previram este mecanismo (Miranda, 2001: 277 e Blanco de Moraes, 2005: 491, nota 752).

Ora, no momento em que surgiu no debate em Portugal, queria-se que tivesse um maior alcance do que aquele que acabou por ter: a proposta do próprio Conselho da Revolução para a 2ª Plataforma de Acordo Constitucional entre o MFA e os partidos previa que o CR tivesse poderes para se substituir aos órgãos legislativos e emitir as medidas que bem entendesse (Araújo: 910). Esta solução acabou por não ser incluída na Plataforma (Miranda, 2001: 281).

Como é que a doutrina interpreta a opção do legislador por este mecanismo? Manuel Lucena, com algum cinismo, afirmava que, foi “concebida como mecanismo de vigilância revolucionária” – “à protecção especial dos direitos, liberdades e garantias corresponderá esta especial protecção das revolucionárias reformas a empreender na sociedade portuguesa” (1978: 125). Já para Gomes Canotilho, a consagração deste instituto é uma “consequência lógica e necessária do carácter predominantemente prescritivo e dirigente da Lei fundamental de 1976” (1982: 354). Para Blanco de Moraes, duas das razões que justificam a sua consagração são: em primeiro lugar, a “supremacia constitucional”, que confere uma maior vinculatividade às normas não exequíveis; depois, a “desconstitucionalização parcial e juridicamente orientada de encargos públicos na concretização de direitos fundamentais”, já que à constituição não cabe regular com pormenor determinadas matérias, mas antes ao legislador, e quando este não o fizer, a FIO é o mecanismo que “censura (...) o desvalor da sua conduta” (2005: 468-469). Quanto aplicável às normas que consagram direitos sociais, opera como a “via suave” de apelo implícito ao legislador em mora” e apresenta-se como a figura que visa evitar o descrédito do Estado social de direito enunciado na constituição (2005: 461).

O alcance do mecanismo

Acabou por vingar em 1976 uma norma que consagrou um sistema de fiscalização simultaneamente político e jurídico. Até à revisão de 1982 e a criação do TC, o mecanismo de FIO estava intimamente ligado ao CR e à CC. Para Jorge Miranda, com a revisão de 1982, “de fiscalização mais política que jurídica passaria a fiscalização essencialmente jurídica” (1995: 4).

De uma maneira geral, até 1982 o CR era o principal garante da constituição. A competência para fiscalizar a omissões constitucionalmente relevantes cabia então ao CR e à CC.⁴⁷ Mediante pedido

⁴⁷ Artigo 279.º (Inconstitucionalidade por omissão) “Quando a Constituição não estiver a ser cumprida por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais, o Conselho da Revolução poderá recomendar aos órgãos legislativos competentes que as emitam em tempo razoável.” [1976]

facultativo do CR, a CC devia então obrigatoriamente pronunciar-se sobre a eventual omissão.⁴⁸ Caso houvesse omissão, o CR emitiria então uma recomendação. A iniciativa cabia sempre do CR mas nada impedia, como aliás salientam Gomes Canotilho e Vital Moreira, que os cidadãos usassem do seu direito de petição e solicitassem a apreciação de determinada questão pelo CR (1978: 500).

No momento da primeira revisão, a questão da manutenção ou eliminação da FIO, bem como a de legitimidade activa foi extremamente controversa, como dá conta a doutrina. De facto, Jorge Miranda lembra que por haver lugar à extinção do CR e, desde logo, a uma reponderação da repartição de poderes entre os órgãos de soberania, este era dos temas que mais dividia os partidos (Miranda, 2001: 137, Araújo, 1995: 928 e Rodríguez, 2006: 240).

A partir de 1982, por força do novo artigo 283º e com a extinção do CR, este mecanismo passa a ser domínio exclusivo do TC, que decide sobre a matéria que chega às suas mãos por iniciativa do presidente da República, do Provedor de Justiça ou dos presidentes das assembleias regionais, e não já por pedido dirigido pelo CR.⁴⁹ Relativamente à atribuição desta faculdade ao Provedor, que, em bom rigor, já era abordada no antigo artigo 24º, Jorge Miranda lembra como foi um tema que também dividiu os deputados (Jorge Miranda encontrava-se entre os que estavam a favor). Com alguma dose de realismo, como se vê pela utilização que tem sido dada ao mecanismo, o autor afirma que, se não fosse essa atribuição ao Provedor, “a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão teria ficado paralisada ou feita letra morta, porque nunca os outros órgãos de iniciativa a puseram em prática até agora (o Presidente da República talvez por receio de interferir, no poder legislativo; e os presidentes das assembleias legislativas regionais, por menor atenção às virtualidades do instituto)” (1995: 5).

Esta faculdade do Provedor tem de ser vista em conjunto com outra que decorre do artigo 20º, n.º 1, alínea b) do estatuto do Provedor de Justiça (Lei n.º 9/91), segundo o qual o Provedor tem competência para “Assinalar as deficiências de legislação que verificar, emitindo recomendações para a sua interpretação, alteração ou revogação, ou sugestões para a elaboração de nova legislação, as quais serão enviadas ao Presidente da Assembleia da República, ao Primeiro-Ministro e aos ministros directamente interessados e, igualmente, se for caso disso, aos Presidentes das Assembleias Legislativas Regionais e aos Presidentes dos Governos das Regiões Autónomas”. Ora estas duas competências não se sobrepõem: a primeira há de aflorar quando haja omissão de lei que torne exequível uma norma constitucional, enquanto a segunda ocorrerá quando qualquer outro tipo de lei, quer dê exequibilidade a normas constitucionais ou não, já exista e seja vista como desadequada.

Para além destes pressupostos subjectivos, o regime da FIO inclui também pressupostos objectivos de várias ordens (formais, temporais, circunstanciais) (Blanco de Moraes, 2005: 472 e

⁴⁸ O artigo 284º, alínea b, relativo às competências da CC, dispunha que esta devia “Dar obrigatoriamente parecer sobre a existência de violação das normas constitucionais por omissão, nos termos e para os efeitos do artigo 279.” [1976]

⁴⁹ Artigo 283º (Inconstitucionalidade por omissão) “1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das assembleias regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.

2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.” [1982] Esta é a versão de 1982, que, salvo pequena modificação no termo “assembleias regionais”, que desde 1989 foi substituído por “assembleias legislativas regionais”, se mantém inalterado desde então.

ss.). A nível formal, a censura da inconstitucionalidade recai, nos termos do artigo 283º n.º1, sobre a omissão de actos aprovados e publicados sob forma legal. Significa isto que não se aplica a princípios? Para Blanco de Morais, a resposta é positiva: a violação de princípios constitucionais é matéria para a fiscalização da inconstitucionalidade por acção (*Idem*: 476).

Para Jorge Miranda, o juízo de inconstitucionalidade por omissão incide sobre o tempo em que deveria ter sido produzida legislação que desse exequibilidade à norma constitucional: “o órgão de fiscalização, sem se substituir ao órgão legislativo, tem de medir e interpretar o tempo decorrido, esse tempo que fora dado ao órgão legislativo (competente) para emitir a lei; e terá de concluir pela omissão, sempre que, tudo ponderado, reconhecer que o legislador não só podia como devia ter emitido a norma legal, tendo em conta as circunstâncias ou situações em que se colocou ou foi colocado.” (Miranda, 1995: 3) Para outros autores, como Gomes Canotilho, o que está em causa é, antes, um juízo relativo à indispensabilidade da medida legislativa (2000: 1007). A jurisprudência do TC, defende a doutrina, aparenta estar “equidistante” entre as duas correntes (Blanco de Morais 2005: 478). Na opinião deste último, este é sem dúvida um critério a ter em conta. Mais, no caso da violação de normas programáticas “o factor tempo terá uma dimensão quantitativamente muito mais alongada” (*Idem*: 480). Juntamente com o factor temporal influirá o factor circunstancial, defende alguma doutrina, que implica que seja tido em conta o decorrer do processo legislativo na avaliação da existência de uma omissão (*Idem*: 480 e ss).

Efeitos da decisão de inconstitucionalidade

Relevante é também constatar o facto de os efeitos da declaração de inconstitucionalidade terem sido alterados: se até 1982 o CR podia emitir uma recomendação ao órgão em falta, a partir de dessa revisão, e de acordo com o artigo 283º n.º2, o TC apenas tem de informá-lo e a sua decisão é publicada no Diário da República (artigo 122º, n.º 1, alínea g). Em qualquer caso, é uma decisão *a posteriori* e não é substitutiva da medida legislativa ferida de inconstitucionalidade.

De acordo com a constituição, a declaração de inconstitucionalidade por omissão é uma sentença sem qualquer tipo de efeito sancionatório jurídico (Blanco de Morais, 2005: 483). Contudo, outros efeitos, que não jurídicos, podem decorrer de uma tal decisão. De um lado, por ser uma decisão tornada pública pela publicação no Diário da República, pode ter efeitos políticos, expondo o órgão em causa às críticas alheias (*Idem*: 485, e também Rodríguez, 2006). Por outro lado, pode ter efeitos indirectos, nomeadamente servir de base a uma acção de responsabilidade civil contra o órgão em causa por danos (*Idem*: 486). Jorge Pereira da Silva vê nela um verdadeiro “convite a legislar” (2003: 157).

A jurisprudência da CC

Entre 1976 e 1982 foram emitidos seis pareceres pela CC no quadro do artigo 279º (4, 8 e 11 de 77 e 9/78, 35/79 e 11/81. Apenas em dois casos foi declarada a inconstitucionalidade e emitida a respectiva recomendação do CR (Rodríguez, 2006: 256).

Entre 1983 e 2002 foram tomadas sete decisões no quadro desta figura, a totalidade das quais foram da iniciativa do Provedor de Justiça: acórdão n.º 182/89, de 1 de Fevereiro (sobre direitos dos cidadãos perante a utilização da informática); acórdão n.º 276/89, de 28 de Fevereiro (sobre crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos); acórdão n.º 36/90, de 14 de Fevereiro (sobre referendos ou consultas directas aos cidadãos a nível local); acórdão n.º 359/91, de 9 de Julho (sobre uniões de facto, e transmissão do direito ao arrendamento); acórdão n.º 638/95, de 15

de Novembro (sobre acção popular). Só no primeiro caso o TC achou haver lugar a inconstitucionalidade.⁵⁰

Conclusão

Em suma, qual é a posição da doutrina sobre esta figura e sobre o seu papel na tutela dos DS em Portugal? Para alguns, o poder judicial é o menos indicado para directamente concretizar os direitos sociais (Gomes de Andrade, 2006: 102). Para outros, como Jorge Reis Novais, a dificuldade de verificação judicial da omissão associada às particularidades do sistema de fiscalização português “neutralizam o alcance prático do instituto no domínio dos DS” (2004: 300). Isto explica a razão pela qual, apesar das dificuldades que esse caminho acarreta quando de direitos sociais se trata, se torne relevante o plano da inconstitucionalidade por acção (*Idem*: 301). Ajuda igualmente a explicar a tendência para a jurisprudência optar por desenvolver a interpretação relativa à violação dos princípios constitucionais como a dignidade humana em vez da violação de normas consagradoras de direitos sociais (*Idem*: 303).

Ora, foram de facto poucos os casos em que a jurisprudência teve oportunidade de interpretar as normas relativas à FIO. Apesar deste facto, Rodríguez afirma ter sido um instrumento efectivo de pressão sobre o legislador, já que em todos os casos em que o TC se pronunciou a este respeito houve uma reacção do legislador (*Idem*: 259). Por isso, se em termos quantitativos tem sido pouco relevante, já em termos de reacção do legislador tem-lhe correspondido algum êxito (*Idem*, 261). Contudo, a seu ver a figura está asfixiada pela “conveniência política” e os interesses contrários dos órgãos legitimados para lhe dar uso (*Idem*, 260): “da la impresión de que los condicionamientos políticos le han ganado la partida a los mecanismos jurídicos” (*Idem*: 261).

Mais pessimista é a opinião de Jorge Pereira da Silva, para quem a FIO está actualmente numa situação de letargia (2003: 141), e que o definhamento que se tem observado se deve tanto ao carácter limitado do próprio preceito onde se encontra, como da jurisprudência “hesitante” do TC (*Idem*: 143). A jurisprudência, insiste, dá mostras de uma “deferência” face ao legislador em detrimento do respeito pelos mandatos constitucionais” (*Idem*: 157) e manifesta uma tendência para avaliar o comportamento constitucional ao invés de analisar “objectivamente o resultado da inércia” (*Idem*: 162).

Blanco de Moraes, por seu lado, fala, de um modo geral acerca da actuação TC, a propósito de um servilismo universitário dos juízes (2002: 405), sobre a crise de legitimidade do TC e sobre o facto da actuação do órgão não se pautar por um carácter activista e revelando até por vezes deferência para com o legislador. Mais, sustenta que a FIO é o “parente pobre” dos processos de fiscalização por a constituição o ter reduzido a “um preceito exíguo, desinteressante, remissivo e desarmado de qualquer tipo de sanção” (2005: 497). Quanto às críticas apontadas aos juízes do TC, contrapõe que, tendo em conta as actuais circunstâncias, não vê como “o bom senso pudesse ter ditado um comportamento muito distinto” (*Idem*, 501). Por fim, conclui que outra das razões que explica facto de a FIO se encontrar no segundo plano é o facto de, na realidade, ser característico de países em desenvolvimento e que a satisfação dos serviços do Estado social é melhor em países

⁵⁰ Ferraz, 2008: 151. A este respeito, texto Ana Paula Ucha (1993) revê a jurisprudência até 1993. Embora interessante, o texto peca por não fazer leitura crítica dos acórdãos, antes um mero sumário dos mesmos. Veja-se ainda Nogueira de Brito *et al*, 2007).

sem constituições programáticas ou pouco programáticas e sem uma figura como a FIO (*Idem*: 501).

Qual é a solução encontrada pela doutrina para lidar com este adormecimento da FIO? Alguns autores apontam para a necessidade de uma revitalização desta figura. Jorge Miranda, por exemplo, sugere que se acrescente uma segunda via de subida ao TC, desta feita difusa e concreta (Miranda, 2001: 294). Jorge Pereira da Silva afirma que a figura não vai renascer das cinzas sozinha, pelo que, para dinamizá-la, propõe que seja revista e melhorada ou, solução que privilegia, que seja reinterpretada de forma a abranger um maior número de situações (2003: 164). Ora, quanto à possibilidade de uma revisão que passasse a prever uma eventual sanção, com carácter substitutivo, Blanco de Moraes considera tratar-se de uma opção inaceitável, pelo risco de politização do TC, por o contexto histórico e político europeu não o permitir, porque, na realidade, em nenhum ordenamento existiu uma figura com tal envergadura, por isso consagra-la não mais seria do que um “tiro no escuro” (2005: 488 e ss.).

Ainda uma nota final a respeito da fiscalização da constitucionalidade. Na análise dos mecanismos de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais é quase sempre referida na doutrina portuguesa a questão do recurso de amparo, que constou de algumas propostas de partidos, já em 1981, mas que não logrou consagração constitucional.⁵¹ O objectivo deste meio de tutela seria o de dar aos cidadãos legitimidade para interpelar directamente o TC para a defesa dos seus direitos fundamentais, à imagem do mecanismo existente na Alemanha e no Brasil. Sem este mecanismo de iniciativa dos cidadãos, estes estão limitados a agir através dos meios previstos para a tutela dos seus direitos, isto é, acções e petições. A questão surge essencialmente em relação à necessidade de fiscalização de medidas não normativas passíveis de consubstanciarem violações dos direitos fundamentais. De facto, há outras omissões que nas as de meras normas que também são juridicamente relevantes. Araújo e Teles Pereira lembram que o conceito de norma tem sido interpretado de uma forma tal que permite ultrapassar o “défice de protecção” existente, a que um recurso de amparo poderia vir responder (2006: 224).

Ora, para alguma doutrina, apesar desta interpretação do TC, há uma deficiente protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos (Reis Novais, 2006: 155 e ss.). Donde a necessidade de reforma do sistema, através da implementação do recurso de amparo, ainda que o resto do sistema continue a funcionar adequadamente (*Idem*: 160). Contra esta proposta, apesar do reconhecimento de “algumas lacunas de protecção” deste sistema, encontram-se Araújo e Teles Pereira, que justificam esta posição no exemplo espanhol. A figura do recurso de amparo está prevista mas a tendência actualmente é para o tribunal constitucional restringir ainda mais os mecanismos de filtragem já existentes para limitar o acesso ao TC. Em suma, defendem os autores, apesar das diferenças no desenho dos sistemas dos dois países, “ambos se concretizam em níveis de protecção mais equivalentes do que se poderia supor” (*Idem*: 227).

----- “-----

⁵¹ Veja-se a este respeito Canas, Vitalino, 1994, 23:27; Canotilho e Moreira, 1991: 146 e ainda Barbosa de Melo *et al*, 2006: 222-223.

CONCLUSÃO

Em suma, é raro na doutrina portuguesa lida achar elementos de resposta às perguntas que colocamos no projecto “Direitos Sociais em Portugal”. Em grande medida, a origem dos direitos sociais é apresentada como uma necessária decorrência da passagem ao Estado Social, como uma evidência, dada a história constitucional portuguesa e as influências ditas de direito comparado, entre outros elementos. É patente a falta de atenção expressa prestada às fontes imediatas destes direitos fundamentais, em particular os debates na assembleia constituinte. Dificilmente encontramos quem se interrogue sobre o que explica que um direito esteja formulado da forma que está, ou o que teria acontecido se tivessem vingado outras concepções e se o catálogo de direitos sociais não fosse o que é, ou sobre como haveria maior efectivação dos mesmos caso a sua formulação fosse diversa, ou caso não existissem *tout court*. Também é raro que se passe para o lado da prática, para a eficácia destes direitos em termos de bem-estar dos cidadãos. A questão do “pre-commitment” ou da auto-vinculação é inclusivamente referida,⁵² mas sem grandes reflexões subsequentes. O ponto onde a doutrina parece insistir, ainda que surjam aqui e ali vozes discordantes, é na tradicional dicotomia entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais, no primado dos primeiros e na diferença de regimes aplicáveis a uns e outros.

Parece também que, de facto, o campo dos direitos sociais é menos estudado e, quem sabe, até mesmo negligenciado por muita da doutrina, sobretudo aquela que desde o início discordou da forma como os direitos sociais foram consagrados no texto de 1976. Outros há, porém, que parecem dedicar-lhes mais atenção, mas acaba por ser uma minoria. Consequentemente, a jurisprudência acaba por ter menos fontes doutrinárias para a auxiliar na interpretação das normas constitucionais relevantes das poucas vezes que é solicitada a fazê-lo pelas entidades competentes.

É no entanto interessante como a doutrina trata da questão da chamada crise do Estado Social e como este tema provoca reacções que revelam o apego, maior ou menor, às tarefas do Estado decididas em 1976. Destas reflexões decorrem considerações acerca da possível inconstitucionalidade de algumas medidas liberalizadoras que tendem a diminuir ou rever o papel do Estado em termos de direitos sociais. É natural que, no futuro, mais casos surjam diante do TC e que este seja forçado a pronunciar-se sobre a matéria, ainda que continue a preferir a escapatória que representa o desenvolvimento do princípio da dignidade humana e de um direito fundamental a um mínimo indispensável a uma existência condigna, mas não é de esperar uma radical mudança a este nível. As propostas de reforma do sistema de fiscalização da constitucionalidade, nomeadamente através da criação do recurso de amparo, uma resposta à deficiente tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, são também minoritárias, donde também não é de prever que haja qualquer reforma num futuro próximo.

----- “ -----

⁵² Gomes Canotilho, 2000: 1385.

BIBLIOGRAFIA**(Monografias, artigos e constituições anotadas e comentadas)**

Alexandrino, José de Melo, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na constituição portuguesa*, Vol. 2, Coimbra, Almedina, 2006.

_____, *Direitos fundamentais: introdução geral*, Estoril, Principia, 2007.

Alexy, Robert, *A theory of constitutional rights*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

Andrade, Fernando Gomes de, *Considerações acerca dos direitos sociais: problematizações e possibilidades de concretização numa perspectiva emancipatória*, Relatório de doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006.

Andrade, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2001.

_____, "Os direitos sociais como direitos fundamentais da pessoa", *Nova Cidadania*, nº 12, Abril-Junho, 2002.

Antunes, Miguel Lobo, "A fiscalização da constitucionalidade das leis no primeiro período constitucional: a comissão constitucional", *Análise Social*, vol. XX (81/82), 1984.

Araújo, António, "A construção da justiça constitucional portuguesa: o nascimento do Tribunal Constitucional", *Análise Social*, vol. XXX (134), 1995.

_____, "A construção jurídica da democracia portuguesa: o IIº Pacto MFA/Partidos", *Sub Judice*, 30/31, 2007.

_____ e J. A. Teles Pereira, "A Justiça Constitucional nos 30 anos da Constituição Portuguesa", in Tejada, Javier Tajadura (org.), *La constitución portuguesa de 1976: un estudio académico treinta años después*, CEPE, Madrid, 2006.

Brito, Miguel Nogueira de, Joaquim Pedro Cardoso da Costa e António de Araújo, "A Execução das Decisões do Tribunal Constitucional pelo Legislador", *Sub Judice*, 20/21, Abril 2007.

Canas, Vitalino, *Introdução às decisões de provimento do tribunal Constitucional: conteúdo, objecto, efeitos*, 2ª edição, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1994.

Canotilho, José Joaquim Gomes, *O problema da dupla revisão na Constituição Portuguesa*, CODECO, Coimbra, 1978.

_____, *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1982.

- _____, "A 2ª revisão da constituição da república e a identidade constitucional", *Revista Jurídica da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa*, nºs 13-14, Jan.-Jun. 1990.
- _____, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 4ª edição, Coimbra, Almedina, 2000.
- _____, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 6ª edição, Coimbra, Almedina, 2002.
- _____, "Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais", in Canotilho, J. J. Gomes, *Estudos sobre direitos fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.
- _____, "Metodologia "fuzzy" e "camaleões normativos" na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais", in Canotilho, J. J. Gomes, *Estudos sobre direitos fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.
- ____ e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, 1978.
- ____ e _____, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991.
- ____ e _____, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- Cardoso da Costa, José Manuel M., "O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição e na jurisprudência do Tribunal Constitucional", in *Estudos de Homenagem a Manuel Gonçalves Ferreira Filho*, São Paulo, 1999.
- _____, "Prefácio", in Tejada, Javier Tajadura, *La constitución portuguesa de 1976: un estudio académico treinta años después*, CEPE, Madrid, 2006.
- Ferraz, Maria Eduarda, *O Provedor de Justiça na defesa da constituição*, Provedoria de Justiça, Lisboa, 2008.
- Freitas, Tiago Fidalgo de, "O princípio da proibição de retrocesso social", in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Lisboa, vol. 2, 2006.
- Gouveia, Jorge Bacelar, "A inconstitucionalidade da lei das propinas: anotação ao acórdão nº 148/94 do Tribunal Constitucional", *Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. 36, nº 1, Lex, Lisboa, 1995.
- Lucena, Manuel de, *O Estado da revolução*, Edições Jornal Expresso, Lisboa, 1978.
- _____, "Portugal na Europa: constituição normativa e constituição real", *Política Externa*, 3/4, Janeiro/Setembro 1979.
- _____, *Contradanças: Política e arredores, 2004-2005*, Imprensa de Ciências Sociais, Lisboa, 2006.
- Machete, Rui Chancerelle de, "Um novo paradigma nas relações Estado – sociedade", *Nova Cidadania*, nº 12, Abril-Junho 2002.

Magalhães, José, *Dicionário da revisão constitucional*, Mem Martins, Europa-América, 1989.

Melo, António Barbosa de, José Manuel Cardoso da Costa e João Carlos Vieira de Andrade, *Estudo e projecto de revisão da constituição da república portuguesa de 1976*, Coimbra Editora, Coimbra, 1981.

Mendes, Armindo Ribeiro, "O Conselho da Revolução e a Comissão Constitucional na fiscalização da constitucionalidade das leis", in Baptista Coelho, Mário (Ed.), *Portugal: O Sistema Político e Constitucional 1974-87*, Imprensa de Ciências Sociais, Lisboa, 1989.

Miranda, Jorge, *As Constituições Portuguesas: 1822, 1826, 1838, 1911, 1933, 1976*, Petrony, Lisboa, 1976 (a).

____, *Constituição e democracia*, Petrony, Lisboa, 1976 (b).

____, *A constituição de 1976: formação, estrutura, princípios fundamentais*, Petrony, Lisboa, 1978 (a).

____, *Fontes e trabalhos preparatórios da Constituição*, Lisboa, INCM, 1978 (b).

____, A Constituição de 1976 e a Adesão de Portugal às Comunidades Europeias, *Política Externa*, 3/4, Janeiro/Setembro 1979.

____, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, Coimbra, Coimbra, 1993.

____, Comunicação (sem título) apresentada por ocasião da Sessão Comemorativa sobre os 20 Anos do Provedor de Justiça, site da Provedoria de Justiça, 1995.

____, *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, Coimbra, Coimbra, 2000.

____, Acabar com o frenesim constitucional, in AAVV, *Nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2001.

____ e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

Morais, Carlos Blanco de, *Justiça constitucional*,

- Vol. 1: *Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

- Vol. 2: *O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

Morais, Isaltino, José Mário F. de Almeida e Ricardo L. Leite Pinto, *Constituição da República Portuguesa anotada e comentada*, Lisboa, Rei dos Livros, 1983.

Moreira, Vital, *Constituição e Revisão Constitucional*, Editorial Caminho, Lisboa, 1980.

Nabais, Casalta José, "Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa", *Boletim do Ministério da Justiça* (400), 1990.

_____, “Os direitos fundamentais na jurisprudência do Tribunal Constitucional”, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. LXV, 1989.

Novais, Jorge Reis, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Lisboa, 2004.

Novais, Jorge Reis, *Direitos Fundamentais. Trunfos contra a maioria*, Almedina, Lisboa, 2006.

Otero, Paulo, *O acordo de revisão constitucional*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade Lisboa, 1997.

_____, *A democracia totalitária – do Estado totalitário à sociedade totalitária. A influência do totalitarismo na democracia do século XXI*, S. João do Estoril, Principia, 2001.

_____, *Instituições políticas e constitucionais*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2007.

Pinto, Mário, “O direito de educação no projecto de carta dos direitos fundamentais da União Europeia. Breves anotações”, *Nova Cidadania*, nº 12, Abril-Junho, 2002.

Rebello de Sousa, Marcelo e José de Melo Alexandrino, *Constituição da República Portuguesa: comentada*, Lisboa, Lex, 2000.

Rodríguez, José Julio Fernández, “La figura de la constitucionalidad por omisión portuguesa ante el siglo XXI”, in Tejada, Javier Tajadura, *La constitución portuguesa de 1976: un estudio académico treinta años después*, CEPE, Madrid, 2006.

Silva, Jorge Pereira da, “Direitos Sociais e Reforma do Estado-Providência”, *Nova Cidadania*, nº 12, Abril-Junho, 2002.

_____, *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão*, Lisboa, Universidade Católica, 2003.

Teles, Miguel Galvão, “A segunda Plataforma de Acordo Constitucional entre o Movimento das Forças Armadas e os Partidos Políticos”, in Miranda, Jorge (org.), *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*, vol. III, Coimbra, Coimbra, 1998.

_____, “A herança de duas revoluções”, in Baptista Coelho, Mário (Ed.), *Portugal: O Sistema Político e Constitucional 1974-87*, Imprensa de Ciências Sociais, Lisboa, 1989.

Ucha, Ana Paula, “Direitos Sociais”, in AAVV, *Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Lisboa, Aequitas – Editorial Notícias, 1993.

Vaz, Manuel Afonso, “O enquadramento jurídico-constitucional dos “direitos económicos, sociais e culturais””, in Vaz, Manuel Afonso e J. A. Azeredo Lopes (coord.), *Juris et de jure – Nos 20 anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto*, UCP, Porto, 1998.

Vergottini, Giuseppe de, *Le origini della seconda repubblica portoghese, 1974-1976*, Milano, Giuffrè, 1977.