

# OS DIREITOS SOCIAIS NUM CONTEXTO DE AUSTERIDADE: UM ELOGIO FÚNEBRE AO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL?

*Pela Prof.<sup>a</sup> Doutora Catarina Santos Botelho<sup>(1)</sup>*

*SUMÁRIO:*

**1. Considerações introdutórias — o papel da Constituição nos nossos dias. 2. A natureza jurídica dos direitos sociais. 2.1. O Estado-providência e o Estado de direito social; 2.2. O conteúdo prescriptivo dos direitos sociais: direitos de defesa versus direitos de prestação; 2.3. A (alegada) especial onerosidade dos direitos sociais; 2.4. A aplicabilidade dos direitos sociais; 2.5. Os direitos sociais como categoria constitucional; 2.6. Os direitos sociais na jurisprudência do Tribunal Constitucional. 3. A força jurídica dos direitos sociais na Constituição portuguesa. 4. O Estado social no século XXI: morte ou metamorfose? 5. Da admissibilidade da proibição do retrocesso social. 6. Considerações finais: o papel do Tribunal Constitucional como guardião dos direitos fundamentais sociais.**

---

<sup>(1)</sup> Doutora em ciências jurídico-políticas; docente da Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa. Email: <cbotelho@porto.ucp.pt>.

## 1. Considerações introdutórias — o papel da Constituição nos nossos dias

A reivindicação crescente de direitos sociais, que esteve tão em voga em democracias mais jovens, alicerçou-se numa lógica de solidariedade cívica e numa ética de responsabilidade comunitária. Ora, um tal caminho, que foi rapidamente trilhado, relançou para a arena a controvérsia sobre se será economicamente sustentável e politicamente admissível uma intervenção tão estreita do Estado na sociedade. Tanto mais que, atualmente, em vários Estados da Europa Ocidental atingidos pela crise financeira internacional, se assiste a uma estagnação na força expansiva dos direitos sociais e não faltam vozes que alertam para os elevados custos sociais de um eventual retrocesso político-legislativo nesta matéria. Estamos, sem dúvida, perante uma matéria complexa, na fronteira do político e do mundividencial, e que assenta em pilares movediços, não se compaginando com argumentos extremistas, porquanto a quase totalidade deles acabam por ser reversíveis<sup>(2)</sup>.

Em maio de 2011, a situação das finanças públicas portuguesas impeliu o Estado a aceitar um “programa de assistência económica e financeira”, que se corporizou no *Memorando de Entendimento* acordado com a tríade Comissão Europeia, Banco Central Europeu e Fundo Monetário Internacional (conhecida por *Troika*) e que implicou a adoção de fortes medidas de austeridade, mormente cortes na despesa pública e o aumento de impostos<sup>(3)</sup>. Nesta conjuntura, não é de surpreender que tenham reacendido os seguintes debates constitucionais: (i) até que ponto (ou se é de todo admissível) um retrocesso ou uma *reformatio in pejus* dos direitos a prestações derivados da lei; (ii) qual o papel do Tribunal Constitucional perante as polémicas medidas anticrise.

---

<sup>(2)</sup> CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise — Ou Revisitar as Normas Programáticas*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 36.

<sup>(3)</sup> Cf. TIAGO ANTUNES, “Reflexões constitucionais em tempos de crise económico-financeira”, in AAVV, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda* (coord. Paulo Otero, Fausto de Quadros e Marcelo Rebelo de Sousa), Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 727-759, p. 727.

Todo este ambiente de incerteza convida, pois, a que tomemos posição quanto à proliferação legislativa que diminui (*downsizing*), em maior ou menor medida, prestações sociais tidas por fundamentais para o bem-estar social, em domínios como os da previdência, dos salários, da segurança ou da saúde<sup>(4)</sup>. Torna-se, por conseguinte, necessária uma “caraterização concetual” dos direitos sociais<sup>(5)</sup>.

Não obstante, se os tempos mudam, se as necessidades sociais e económicas estão dependentes de prioridades governativas e da sustentabilidade económica dos Estados, existe algo que permanece ou que almeja permanecer. Neste renovado cenário, verifica-se que “a lei divide; a Constituição agrega, *constitui*”, no sentido de desempenhar uma relevante função de integração política e de estabilização do cosmos normativo<sup>(6)</sup>. Com efeito, o porto seguro que confere sentido e continuidade — a chamada “vontade da Constituição” — é consistente e procura manter-se no tempo, não sendo apenas o espelho de um momento histórico determinado<sup>(7)</sup>.

Na procura dessa “vontade”, todas as atenções se deverão voltar para o inestimável papel da *interpretação* constitucional<sup>(8)</sup>. Desta forma, o constitucionalismo dos nossos dias assenta na “primazia da constituição”, a que se associa, como etapa lógica necessária, a existência de uma tutela e de proteção das normas constitucionais<sup>(9)</sup>.

---

(4) CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., p. 37.

(5) JUAN ANTONIO CRUS PARCERO, “Los derechos sociales y sus garantías: Un esquema para repensar la justiciabilidad”, in AAVV, *Los Derechos Sociales en el Estado Constitucional* (coord. Javier Espinoza de los Monteros e Jorge Ordóñez), Tirant lo Blanch, Valença, 2013, pp. 61-89, p. 76.

(6) RAVI AFONSO PEREIRA, “Interpretação constitucional e justiça constitucional”, in AAVV, *Tribunal Constitucional — 35.º Aniversário da Constituição de 1976*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 43-81, p. 74.

(7) KONRAD HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20.<sup>a</sup> ed., C. F. Müller, Heidelberg, 1999, p. 17.

(8) CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise... cit.*, p. 37. Para PETER HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß — Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Schriften zum öffentlichen Recht, Vol. 353, 2.<sup>a</sup> ed., Duncker & Humblot, Berlim, 1996, p. 123, esta tarefa interpretativa deverá entender-se amplamente.

(9) FRIEDERIKE VATERIE LANGE, *Grundrechtsbindung des Gesetzgebers — Eine rechtsvergleichende Studie zu Deutschland, Frankreich und den USA*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, Vol. 16, Mohr Siebeck, Tubinga, 2010, pp. 89-90.

Antes de mais, a Constituição é uma norma jurídico-pública, mas é algo mais do que isso. Não se equipara a uma norma jurídica ordinária e, por isso, “merece uma tipificação própria”<sup>(10)</sup>. Como vimos, a implicação é óbvia: a Constituição tem uma *pretensão de permanência* e consagra um projeto para o futuro<sup>(11)</sup>.

Dependendo da perspetiva, uma disposição constitucional manifesta-se como uma regra de conduta para o Estado e/ou como uma garantia para os cidadãos. É de salientar aquilo a que PETER BADURA designou de “*Leitbildfunktion der Verfassung*”. De facto, segundo o Autor, a Constituição assume uma dupla função: (i) vincula os seus cidadãos através de um corpo normativo que consagra as vivências sociais e históricas de uma determinada comunidade política; (ii) por outro lado, procura influenciar o futuro da comunidade política mediante “ideias condutoras e diretrizes”<sup>(12)</sup>.

Desenhados estilizadamente os seus traços basilares, o que fica a faltar ao texto constitucional? Deverá ser o mais lacónico possível ou, ao invés, conter normas e programas de ação? Seja qual for a decisão constituinte, importa frisar que a Constituição não é um documento impermeável, nem pretende ser uma prisão normativa para as gerações presentes e vindouras. Pelo contrário, ela significa *libertação*, possibilidade de maturação das opções constitucionais em múltiplos sentidos<sup>(13)</sup>. Com efeito, e na esteira de MANUEL AFONSO VAZ, parece-nos que a ideia de Constituição como “*open texture*” vem precisamente contrariar a tendência de perspetivar a Constituição como catálogo exaustivo (e, por conseguinte, exclusivo) de normas reguladoras da vida do Estado e da sociedade<sup>(14)</sup>.

---

(10) ALEJANDRO NIETO, “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, *RAP*, 100-102, 1983, pp. 371-415, p. 395.

(11) CATARINA SANTOS BOTELHO, “A História faz a Constituição ou a Constituição faz a História? — Reflexões sobre a História Constitucional portuguesa”, *RIDB*, 2 (1), 2013, pp. 229-247, pp. 240-242, e MANUEL AFONSO VAZ, *Teoria da Constituição — O que é a Constituição, hoje?*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 67, e p. 72.

(12) “Verfassung und Verfassungsgesetz”, in AAVV, *Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag* (org. Horts Ehmke e outros), Duncker & Humblot, Berlim, 1973, pp. 19-39, pp. 33-34.

(13) CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., p. 64.

(14) *Teoria da Constituição...*, cit., pp. 59-60, e 67-75. Cf. igualmente, entre outros, CATARINA SANTOS BOTELHO, “A História faz a Constituição...”, cit., p. 241, GIUSEPPE UGO

Além disso, importa *desmistificar* o texto constitucional, uma vez que a Constituição não é “um arquipélago de ilhas de Direito positivo”, pelo que tanto releva a componente jurídica como a componente política<sup>(15)</sup>. Dizendo por outras palavras, podemos atestar que “a Constituição não é neutra”<sup>(16)</sup>. À célebre frase de HUGHES “vivemos sob uma Constituição; mas a Constituição é o que o juiz diz que é”, ALEJANDRO NIETO contrapõe, em discórdia, uma nova máxima: a Constituição é, afinal, “o que fazem as forças políticas que ocupam os órgãos do Estado em sentido mais amplo”<sup>(17)</sup>. Em voz concordante, também PAULO CASTRO RANGEL é de opinião que “todos os dias se redesenha a constituição e toda a política — pelo menos até um certo nível — se oferece como política constitucional-constituente”<sup>(18)</sup>.

## 2. A natureza jurídica dos direitos sociais

### 2.1. O Estado-providência e o Estado de direito social

Em geral, pode dizer-se que o período que se seguiu à Segunda Guerra assinala o marco histórico da *conversão qualitativa* do antigo Estado liberal num Estado social. Assistiu-se, em boa verdade, a uma *mudança de paradigma* constitucional<sup>(19)</sup>. Os dois elementos centrais desta mudança são: (i) o elemento *antropo-*

---

RESCIGNO, “Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico”, *QDR*, 2005, pp. 19-48, p. 29, PAULO CASTRO RANGEL, *O Estado do Estado — Ensaio de Política Constitucional sobre Justiça e Democracia*, Dom Quixote, Alfragide, 2009, p. 29, PETER HÄBERLE, “Verfassungstheorie ohne Naturrecht”, *AöR*, 99, 1974, pp. 437-463, RAFFAELE DE GIORGI, “Modelos jurídicos de la igualdad y de la equidad”, in AAVV, *Los Derechos Sociales en el Estado Constitucional... cit.*, pp. 11-27, p. 14, e ROBERTO BIN, “La costituzione tra testo...”, *cit.*, p. 112.

<sup>(15)</sup> ALEJANDRO NIETO, *op. cit.*, p. 374.

<sup>(16)</sup> UDO DI FABIO, “Grundrechte als Werteordnung”, *JZ*, 1 (59), 2004, pp. 1-8, p. 1.

<sup>(17)</sup> *Idem*, *op. cit.*, p. 406.

<sup>(18)</sup> *O Estado do Estado...*, *cit.*, p. 16.

<sup>(19)</sup> Nas palavras de MIGUEL CARBONELL, “Los Derechos Sociales: Elementos para una lectura en clave normativa”, in AAVV, *Los Derechos Sociales en el Estado Constitucional...*, *cit.*, pp. 199-231, p. 209.

*cêntrico*, que eleva a dignidade da pessoa humana a princípio fundamental; (ii) e o elemento *social*, através do qual o princípio do Estado social é elevado a princípio constitucional<sup>(20)</sup>.

É a HERMANN HELLER que se deve a expressão “Estado social de direito”<sup>(21)</sup>. Importa, nesta sede e desde logo, distinguir os conceitos de *Welfare State* (*Wohlfahrtsstaat*; *État-Providence*) e *social State* (*Sozialstaat*; *État social*), que se têm vindo a confundir<sup>(22)</sup>. Assim sendo, enquanto o conceito de *Welfare State* se associa a considerações histórico-políticas (tais como o *New Deal*, nos EUA, ou o Estado-providência europeu que sucedeu à II Guerra Mundial), e o *Wohlfahrtsstaat* a uma abordagem de cariz económico ou sociológico<sup>(23)</sup>, já o *Estado social* é um conceito de índole normativa, que constitucionaliza as obrigações do Estado em causa em matéria de política social e económica, criando, assim, um “*integrated welfare State*”<sup>(24)</sup>. Em termos concetuais e para alguma doutrina, o Estado Providência é, inclusivamente, uma forma de “patologia” do Estado social<sup>(25)</sup>.

---

<sup>(20)</sup> GEORG KASSIMATIS, “Entstehung- und Entwicklungsgeschichte des Sozialstaates”, in AAVV, *Soziale Grundrechte in Europa nach Lissabon — Eine rechtsvergleichende Untersuchung der nationalen Rechtsordnungen und des europäischen Rechts* (org. Julia Lliopoulos-Strangas), Human Rights — Menschenrechte — Droits de l’Homme, Vol. 9, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2010, pp. 19-38, pp. 31-37.

<sup>(21)</sup> *Staatslehre*, J. C. B. Mohr, Tübinga, 1983 (1.<sup>a</sup> ed. data de 1934), 6.<sup>a</sup> ed., p. 258.

<sup>(22)</sup> CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., pp. 97-98. Mais desenvolvidamente, HANS MICHAEL HEINIG, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit — Zur Formel vom “sozialen” Staat in Art. 20 Abs. 1 GG*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2008, pp. 50-75.

<sup>(23)</sup> HANS-PETER BULL, “Sozialstaat — Krise oder Dissens? Schwierigkeiten bei der Verständigung über einen verfassungsrechtlichen Kernbegriff”, in AAVV, *Der Staat des Grundgesetzes — Kontinuität und Wandel — Festschrift für Peter Badura zum siebenzigsten Geburtstag* (org. Michael Brenner, Peter M. Huber e Markus Möstl), Mohr Siebeck, Tübinga, 2004, pp. 57-76, em especial, pp. 65-66 e pp. 73-75.

<sup>(24)</sup> Neste preciso sentido, CRISTINA QUEIROZ, *O Tribunal Constitucional e os Direitos Sociais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 9, GEORGE S. KATROUGALOS, “Human Rights in the Welfare State”, *JöR*, 44, 1996, pp. 137-154, p. 137, e JOÃO CARLOS LOUREIRO, “Adeus ao Estado Social? O insustentável peso do não-ter”, in João Carlos Loureiro, *Adeus ao Estado Social? — A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 44-138, p. 72.

<sup>(25)</sup> JOÃO CARLOS LOUREIRO, “Explicitações preliminares: sobre o nome e a substância”, in João Carlos Loureiro, *Adeus ao Estado Social?...*, cit., pp. 7-43, p. 10.

De um ponto de vista político, o importante a reter é que o conceito de Estado social *não deve ser refém* de nenhuma concepção ideológica ou política<sup>(26)</sup>. No essencial, o Estado social surge como resultado da verificação de que o Estado tem responsabilidades ao nível da garantia de um mínimo de bem-estar, a partir do momento em que intervém na sociedade. A este respeito, refira-se que é da própria existência e legitimação do Estado que se retira esse dever de promoção do bem-estar dos seus cidadãos<sup>(27)</sup>.

Os direitos económicos, sociais e culturais distinguem-se dos tradicionais direitos fundamentais de primeira geração. Enquanto estes últimos direitos atribuem tendencialmente ao indivíduo um espaço de liberdade imune à intervenção dos poderes públicos, os direitos sociais, ainda que o seu exercício pertença ao indivíduo, impõem aos poderes públicos um dever de ação. Por este motivo, e como atrás vimos, a inserção de direitos sociais implicou, desde logo, um cisma na tradição liberal de firme separação entre as esferas política e económica, mediante a implementação de mecanismos de intervenção política num processo socioeconómico que se pretendia asséptico<sup>(28)</sup>.

Na maioria das Constituições, verifica-se que estes direitos sociais possuem, amiúde, *contornos imprecisos*, não estando plas-

---

<sup>(26)</sup> Para um desenvolvimento da ideia, cf., entre outros, ÁNGEL GARRORENA MORALES, *Derecho Constitucional — Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, CEPyC, Madrid, 2011, pp. 66-68, ERNST BENDA, “Der soziale Rechtsstaat”, in AAVV, *Handbuch des Verfassungsrechts* (Ernst Benda et al.), Walter de Gruyter, Berlim, 1984, pp. 477-544, FRANCISCO JOSÉ CONTRERAS PELÁEZ, “Neoliberalismo y Estado social”, *RFS*, 215, 1999, pp. 309-341, GEGÓRIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 58, KARL ALBRECHT SCHACHTSCHNEIDER, *Verfassungsrecht der Europäischen Union*, Vol. II — Wirtschaftsverfassung mit Welthandelsordnung, Duncker & Humblot, Berlim, 2010, pp. 28-29, HANS MICHAEL HEINIG, “The Political and the Basic Law’s Sozialstaat Principle — Perspectives from Constitutional Law and Theory”, *GLJ*, 12, 2011, pp. 1887-1900, JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais — Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 22, SERGIO FOIS, “Analisi delle problematiche fondamentali dello «Stato sociale»”, *DS*, 2, 1999, pp. 163-191, pp. 165-166, e VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 234, nt. 349.

<sup>(27)</sup> CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., p. 99, e MIGUEL CARBONELL, “Eficacia de la Constitución y Derechos Sociales: Esbozo de Algunos Problemas”, *EC*, 6 (2), 2008, pp. 43-71, p. 46.

<sup>(28)</sup> GEORGE S. KATROUGALOS, “Human Rights in the Welfare State”, cit., p. 141.

mados em normas diretamente aplicáveis<sup>(29)</sup>. Por conseguinte, em larga medida, a sua aplicabilidade direta carecerá de prévia intervenção legislativa. Por tais razões, é comum afirmar-se que os direitos sociais não valem contra a lei, mas, ao invés, carecem da lei para serem plenamente exequíveis.

## 2.2. O conteúdo prescritivo dos direitos sociais: direitos de defesa *versus* direitos de prestação

Das considerações feitas até aqui, deduz-se que é precisamente o facto de os direitos sociais possuírem um conteúdo manifestamente *heterogéneo* que alimenta as dificuldades doutrinárias de classificação e a complexa questão da sua efetiva proteção, quer a nível nacional, quer a nível europeu e internacional<sup>(30)</sup>. Talvez não tenha sido sem razão que alguma doutrina tenha sugestivamente caracterizado a dificuldade terminológica no seio dos direitos sociais como “a irritação normativa do «social»”<sup>(31)</sup>.

Se bem vemos as coisas, sob a designação “direitos sociais” podemos encontrar um conglomerado das mais variadas figuras jurídicas<sup>(32)</sup>. Quando pensamos, por exemplo, no conteúdo do direito à saúde, as questões que se levantam são várias: qual o objeto e o âmbito de aplicação? Em que medida e com que extensão incumbe ao Estado garanti-lo? Na ausência de uma proteção adequada deste direito, estaremos perante que tipo de incumprimento constitucional?<sup>(33)</sup>.

---

(29) ERNST FORSTHOFF, “Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates”, in Ernst Forsthoff, *Rechtsstaat im Wandel: Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1950-1964*, W. Kohlhammer, Estugarda, 1964, pp. 27-56, pp. 27-56.

(30) CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., p. 117, e JEAN-PAUL COSTA, “Vers une protection juridictionnelle des droits économiques et sociaux en Europe?”, in AAVV, *Les droits de l’homme au seuil du troisième millénaire — Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, Bruxelas, 2000, pp. 141-154, p. 143.

(31) HANS F. SACHER, “Der Sozialstaat an der Wende...”, cit., pp. 204-206.

(32) JOHANNES DIETLEIN, *Die Grundrechte in den Verfassungen der neuen Bundesländer: zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Art. 31 und 142 GG*, Vahlen, Munique, 1993, p. 124.

(33) CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., p. 117.



No entanto, e como tem salientado a doutrina, estas dificuldades não são exclusivas dos direitos sociais e verificam-se, amiúde, nos próprios direitos de liberdade, tal como, por exemplo, a liberdade de expressão e os seus limites e obrigações positivas a cargo do Estado. Em consonância com esta linha de pensamento, a doutrina mais recente tem-se mostrado hesitante quanto a admitir uma bipartição “direitos demo-liberais — direitos sociais”, uma vez que todos os direitos fundamentais são “*individuais*” — por serem direitos do ser humano — e são igualmente “*sociais*”, na medida em que regulam a vida coletiva<sup>(34)</sup>. Um tal modelo, logo se adivinhará, assenta no “caráter transversal das funções dos direitos fundamentais”<sup>(35)</sup>. A importância desta observação salta à vista: as fronteiras entre os direitos de liberdade como direitos de abstenção e direitos sociais como direitos de prestação estão cada vez mais *diluídas*<sup>(36)</sup>.

Sem medo das palavras, a doutrina tem considerado que as distinções entre direitos negativos/positivos e entre conduta do Estado como passiva/ativa assentam em “falsas dicotomias”<sup>(37)</sup>. Urge, pois, e numa perspetiva mais abrangente, relativizar as conceções biunívocas que assentam na seguinte consequência lógica: *direitos de liberdade* → geram obrigações de *non facere* → não custosos, em contraposição com *direitos sociais* → geram obrigações de *facere* → custosos<sup>(38)</sup>.

Persiste (e persistirá, certamente) a tendência imediata de associar direitos positivos aos direitos sociais, porém, apesar de

---

<sup>(34)</sup> Defendendo esta “igual natureza” entre os direitos, MANLIO MAZZIOTTI DI CELSO, “Diritti sociali”, in AAVV, *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Giuffrè, Milão, 1988, pp. 802-810, pp. 804-805, e, ainda que mais moderadamente, ALEXANDRE BERENSTEIN, “Economic and social rights: Their inclusion in the European Convention on Human Rights — Problems of formulation and interpretation”, *HRLJ*, 3-4, 1981, pp. 257-280.

<sup>(35)</sup> HANS D. JARASS, “Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik”, *AöR*, 3, 1995, pp. 345-381, p. 353.

<sup>(36)</sup> CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., p. 119.

<sup>(37)</sup> Expressão de Lorde BROWN, no caso *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Limbuela*, Reino Unido, 2005, 66 (920).

<sup>(38)</sup> CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., p. 497.

estes representarem uma ampla fatia dos direitos positivos, não a esgotam. Nos nossos dias, tanto podemos encontrar constituições que consagram catálogos de direitos constitucionais negativos, como versões combinadas de direitos negativos e positivos.

Se atendermos ao conteúdo prescritivo dos direitos sociais, verificamos que tanto pode articular-se como direito de defesa (v.g., a proibição de trabalho infantil) ou como direito de prestação (atribuição de subsídios sociais)<sup>(39)</sup>. Em bom rigor, os direitos sociais também implicam obrigações negativas<sup>(40)</sup>. Senão veja-se: o direito à saúde pressupõe o dever estatal de não privar os cidadãos do acesso à saúde, e o direito à educação, o dever de a não anular. Assim, uma grande parte dos direitos sociais consagrados na nossa Constituição comporta uma dimensão de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias (art. 17.º da CRP). Por exemplo, o direito social à educação, previsto no art. 73.º, pressupõe uma liberdade de educação, plasmada no seu n.º 1.

Em contrapartida, os direitos, liberdades e garantias possuem uma vertente de prestação estadual, ainda que de natureza diversa das prestações estaduais nos direitos sociais. Daí a capital importância dos *deveres estaduais de proteção ou de organização e procedimento* associados a direitos de defesa. Se atentarmos, por exemplo, ao direito ao voto (art. 49.º), verificamos que este não pode ser entendido meramente em sentido negativo, mas gera igualmente obrigações positivas para o Estado, ao ter de garantir as condições procedimentais, materiais e logísticas para a sua plena efetivação. Do mesmo modo, a liberdade de expressão (art. 37.º) implica obrigações positivas a cargo do Estado, de cariz regulatório, por forma a tutelar o pluralismo informativo. Outro exemplo é o do órgão administrativo independente Provedor de Justiça

---

(39) Cf. MARC BOSSUYT, “La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels”, *RDH*, 8, 1975, pp. 785-820, e PETER SZCZEKALLA, *Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht — Inhalt und Reichweite einer gemeineuropäischen Grundrechtsfunktion*, Schriften zum Europäischen Recht, 87, Duncker & Humblot, Berlin, 2002, p. 435.

(40) CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., p. 120.

(art. 23.º), cujo funcionamento envolve, como não pode deixar de ser, custos administrativos<sup>(41)</sup>.

### 2.3. A (alegada) especial onerosidade dos direitos sociais

Não se estranhe ou se tome por bizarra a afirmação de que os direitos sociais são direitos especialmente *onerosos* e, nessa medida, a sua proteção varia consoante as possibilidades económicas, financeiras e culturais de um determinado Estado. Pois bem, dentro do perímetro constitucional, este é um denominador comum em várias obras doutrinárias. Mas será mesmo assim? Julgamos que a hesitação é permitida.

Obviamente que é inegável a constatação de que a eficácia dos direitos sociais está dependente das condições da própria realidade — tais como os recursos disponíveis e a organização e funcionamento administrativos — no entanto, *todos* os direitos fundamentais, no seu conjunto, implicam custos para um Estado, verdadeiramente empenhado na sua proteção e promoção<sup>(42)</sup>.

Em boa verdade, os direitos fundamentais, quer os direitos, liberdades e garantias, quer os direitos sociais possuem custos financeiros públicos, pelo que não existem “direitos fundamentais gratuitos, direitos fundamentais de borla”<sup>(43)</sup>. Nesta esteira, os custos são transversais, uma vez que *todos* os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos têm “implicações orçamentais”, pelo que só em termos comparativos e de grau poderemos colocar esta questão da onerosidade mais evidente dos direitos sociais<sup>(44)</sup>.

---

(41) CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional — Teoria da Constituição em Tempo de Crise do Estado Social*, Tomo II, Volume 2, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 570, e CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, *cit.*, p. 120.

(42) CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise... cit.*, p. 498.

(43) JOSÉ CASALTA NABAIS, “Reflexões sobre quem paga a conta do estado social”, *RFDUP*, 7, 2010, pp. 51-83, pp. 51-52.

(44) Cf. ISABEL M. GÍMENEZ SÁNCHEZ, “Límites económicos de los derechos sociales”, in AAVV, *Derechos Sociales y Principios Rectores — Actas del IX Congreso de la*

A menor relevância atribuída aos custos dos direitos de liberdade poderá explicar-se pelo facto de estes direitos, que historicamente antecedem à geração dos direitos sociais, serem encarados com mais *naturalidade*, porquanto os cidadãos conviveram com as estruturas administrativas, judiciais e policiais que lhes subjazem, que se foram sedimentando e ganhando consistência<sup>(45)</sup>.

#### 2.4. A aplicabilidade dos direitos sociais

Chegados a este ponto, importa frisar que o facto de muitos direitos sociais não gozarem de aplicabilidade direta e possuírem uma formulação semanticamente aberta, não significa que não produzam *efeitos jurídicos vinculativos*<sup>(46)</sup>. A bem dizer, a fundamentalidade de uma norma e a proteção que a mesma confere não são conceitos análogos ou sobreponíveis.

Com efeito e segundo nos parece, a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais poderá ser entendida em duas perspetivas: (i) a aplicabilidade *stricto sensu*, que se relaciona com a sindicabilidade e justiciabilidade plenas, mormente pela suscetibilidade de invocação autónoma; (ii) e a aplicabilidade *lato sensu*, que se prenderá já com a capacidade de derrogar normas contrárias. Nesta última aceção, poderemos afirmar que todas as normas de direitos fundamentais serão diretamente aplicáveis, porquanto são vincula-

---

*Asociación de Constitucionalistas de España* (coord. José Luis Cascajo Castro, Manuel Terol Becerra, António Domínguez Vila e Vicente Navarro Marchante), Tirant lo Blanch, Valença, 2012, pp. 301-303, p. 304, RAYMOND PLANT, “Social Rights and the Reconstruction of Welfare”, in AAVV, *Citizenship* (ed. Geoff Andrews), Lawrence & Wishart, Londres, 1991, pp. 54 ss., p. 56, ROBERTO GARGARELLA, “Justicia dialógica y derechos sociales”, *Los Derechos Sociales en el Estado Constitucional...*, cit., pp. 109-141, p. 111, nt. 3, STEPHEN HOLMES e CASS R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights — Why Liberty Depends on Taxes*, W. W. Norton & Company, Nova Iorque, 1999, pp. 43-48, e VOLKER NEUMANN, “Sozialstaatsprinzip und Grundrechtsdogmatik”, *DVBl*, 1997, pp. 92-100, p. 97.

<sup>(45)</sup> CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise... cit.*, p. 124.

<sup>(46)</sup> MIRJA A. TRILSCH, *Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte im innerstaatlichen Recht*, Springer, Heidelberg, 2012, pp. 47-48.

tivas e operantes<sup>(47)</sup>. A destriça estará já, pois, na sua plena judiciabilidade e/ou suscetibilidade de invocação autónoma. Ora, o *quid specificum* de uma boa parte dos direitos sociais está na falta de determinabilidade do seu conteúdo, que impede uma aplicabilidade direta *stricto sensu*, nos termos do art 18.º da Constituição.

## 2.5. Os direitos sociais como categoria constitucional

São poucos os direitos sociais que conseguem, numa tão breve disposição normativa, espelhar o conteúdo do direito em causa<sup>(48)</sup>. Veja-se, por exemplo, os casos do direito à saúde e do direito à educação. É muito claro que estes direitos exigem toda uma logística e um estabelecimento de regras que serão cruciais para a sua profícua interpretação e aplicação. Talvez por esta razão WOLFGANG MARTENS tenha designado os direitos sociais, mais simplesmente, como “*leges imperfectae*” (leis imperfeitas)<sup>(49)</sup>.

Como atrás foi mencionado, o complexo conceito de “direitos sociais” é polissémico, indeterminado e, sem dúvida, impreciso. Do esforço concetual de classificação conclui-se que os direitos sociais não redundam em utopia ou em meras quimeras pseudo-jurídicas. Com tal intuito, algumas Constituições optaram por consagrar os direitos sociais como “direitos fundamentais sociais” (*soziale Grundrechte*), outras como “princípios orientadores” (*Prinzipienerklärungen*), na forma de garantias institucionais, ou como “determinações dos fins do Estado” (*Staatszielbestimmungen*), que é o caso de Espanha (arts. 39.º a 41.º) e de muitos dos preceitos consagradores de direitos sociais da Constituição portuguesa (arts. 1.º, 9.º al. a), e 63.º).

---

(47) CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise... cit.*, p. 132 e p. 499. Também JORGE MIRANDA, *Direitos Fundamentais: Introdução Geral — Apontamentos das Aulas*, Petrony, Lisboa, 1999, p. 184, admite aquilo a que designa como “uma certa forma de aplicabilidade imediata” dos direitos sociais.

(48) THEODOR TOMANDL, *Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht*, J. C. B. Mohr, Tübinga, 1967, p. 33.

(49) “Grundrechte im Leistungsstaat”, *VVDStRL*, 30, 1972, pp. 7-38, pp. 30-31.

Em tais contingências concetuais, podemos verificar que não existe uma identidade absoluta entre os direitos fundamentais e os direitos subjetivos *stricto sensu*, isto é, na aceção do Direito Civil<sup>(50)</sup>. A confirmá-lo, tanto podemos encontrar direitos subjetivos que não são direitos fundamentais (v.g., em matéria cível) como direitos fundamentais que não são direitos subjetivos públicos (tais como alguns direitos sociais a prestações, ou os direitos dos cônjuges plasmados no n.º 3 do art. 36.º).

Daqui deriva, a nosso ver, que o conceito de direito subjetivo tipicamente privatista não possa ser transferido *ad nutum* para o mundo do Direito Público<sup>(51)</sup>. Por isso, não é de espantar que seja igualmente bem conhecida a resistência de uma grande parte da doutrina em classificar os direitos fundamentais sociais como direitos subjetivos públicos<sup>(52)</sup>. Se alguns admitem que existe uma relação jurídica entre o Estado e o particular, sendo que o particular é o titular de um direito — diretamente aplicável — contra o Estado<sup>(53)</sup>, outros, como JÖRG PAUL MÜLLER, entendem que uma tal classificação não é possível (nem desejável) e que os direitos fundamentais sociais são, outrossim, “disposições definidoras de

---

(50) Cf. FILIPA URBANO CALVÃO, MANUEL FONTAINE CAMPOS e CATARINA SANTOS BOTELHO, *Introdução ao Direito Público*, Coleção: Manuais Universitários, Almedina, Coimbra, 2014, p. 140, e, no Brasil, JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES, “Direitos subjetivos e direitos sociais”, in AAVV, *Direitos humanos, direitos sociais e justiça* (org. José Eduardo Faria), Malheiros, São Paulo, 1992, pp. 113-143.

(51) CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., p. 144, JOSÉ MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*, Vol. II, (A construção dogmática), Almedina, Coimbra, 2006, p. 52, e MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, I, Almedina, Coimbra, 1980, p. 343.

(52) V.g., KARL-PETER SOMMERMANN, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, Mohr Siebeck, Tübinga, 1997, p. 482. Contra esta avaliação, no entanto, DANIEL FELIPE RIVEROS PARDO, “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos subjetivos: una visión estructural”, *RDE*, 24, 2010, pp. 29-43, p. 33, que classifica os direitos sociais como direitos subjetivos.

(53) Cf., por exemplo, ANTONIO PEREZ LUÑO, *Los Derechos Fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 213, MARTIN SCHEININ, “Economic and Social Rights as Legal Rights”, in AAVV, *Economic, social and cultural rights — A textbook*, cit., pp. 41-62, e THEODOR TOMANDL, *Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht*, J. C. B. Mohr, Tübinga, 1967, p. 30.

objetivos para o desenvolvimento da comunidade num determinado sentido”<sup>(54)</sup>.

Seja como for, existe uma tendência uniforme na doutrina portuguesa quanto à verificação de que os direitos sociais são *genuínos* direitos fundamentais, não podendo ser reconduzidos a meras declarações de direitos, destituídas de eficácia jurídica<sup>(55)</sup>. Em consonância com esta linha de pensamento e numa argumentação literal, está o postulado no Título I da Constituição, que se refere a “Direitos e Deveres Fundamentais”. Os tempos estão, hoje, amadurecidos e são favoráveis a uma revisitação da classificação dos direitos sociais. Por este motivo, não será nunca admissível uma “política de falta de cumprimento” dos direitos sociais fundamentais<sup>(56)</sup>.

Em Portugal, uma grande parte das normas consagradoras de direitos sociais eram — e deverão continuar a ser — classificadas como *programáticas*. Estas normas não atribuem direitos subjetivos diretamente acionáveis, mas são *vinculativas* em termos de funcionarem como padrão interpretativo para a jurisprudência e para o exercício político-legislativo dos órgãos constitucionais competentes<sup>(57)</sup>.

Ultrapassada que está a *fase crepuscular* da experiência da Constituição da República de Weimar (1919), as normas programáticas não são declarações vazias, destituídas de normatividade, mas contêm um programa de ação vinculativo<sup>(58)</sup>. Não negamos que a expressão “norma programática” resulte, por vezes, *historicamente gasta e crismada*. Vislumbramos mesmo, quanto a esta

---

<sup>(54)</sup> *Sozialer Grundrechte in der Verfassung?*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel/Frankfurt am Main, 2.<sup>a</sup> ed., 1981, p. 191.

<sup>(55)</sup> Cf., entre tantos outros, CATARINA SANTOS BOTELHO, “A intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias: *quid novum?*”, *O Direito*, n.º 143, I, 2011, pp. 33-55, pp. 45-46, JORGE MIRANDA, *Manual...*, IV, *cit.*, p. 101 e p. 351, e JOÃO CAUPERS, “Os direitos dos trabalhadores em geral e direito de contratação coletiva em especial”, in AAVV, *Nos dez anos da Constituição* (coord. Jorge Miranda), Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 1986, pp. 39-54, p. 41.

<sup>(56)</sup> EVA M. K. HÄUBLING, *op. cit.*, p. 84.

<sup>(57)</sup> CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, *cit.*, p. 500.

<sup>(58)</sup> Sobre a experiência weimariense, cf. *idem*, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, *cit.*, pp. 135-136 e pp. 211-216.

temática, um certo *cansaço doutrinal e jurisprudencial*, cuja aversão tem, como vimos, uma associação político-constitucional profundamente negativa, e que acaba por ter como efeito secundário arrastar para os dias de hoje uma concepção historicamente datada. No entanto, somos de opinião que a deturpação de um conceito não o deverá esgotar e fulminar<sup>(59)</sup>.

Depois do relativo desencanto das normas programáticas haverá lugar a um renascer e a um olhar despido de uma conjuntura passada? Ainda que respondamos afirmativamente, julgamos ser necessário dar-lhes uma *nova roupagem*, sob pena de efetivamente se lhes ter passado uma certidão de óbito. Neste ensejo, vemos *duas possíveis saídas*: (a) ou se insiste na correta interpretação do conceito de norma programática, como verdadeira norma jurídica vinculativa, abstraindo-nos da sua desfiguração weimariana e salvaguardando o seu caráter normativo; (b) ou opta-se por o rebatizar, v.g., de “normas condicionadas”, “normas sob reserva do possível”, “normas de otimização”, de forma a deixar de as associar a normas não vinculativas<sup>(60)</sup>.

Seja como for, o que releva é sempre o conteúdo e não a nomenclatura utilizada, razão pela qual não nos devemos apegar em demasia a ela. Dito de outro modo, não aderimos a uma tipologia fechada e entendemos não ser prudente uma rigidez concetual neste domínio. Com efeito, e como sustenta HENRY SHUE, as tipologias são “escadas (*ladders*) para serem subidas e deixadas para trás, e não monumentos para serem tratados ou polidos”<sup>(61)</sup>.

## 2.6. Os direitos sociais na jurisprudência do Tribunal Constitucional

A nossa jurisdição constitucional não se pronunciou de forma unívoca quanto à categorização dos direitos sociais. Na maioria

---

<sup>(59)</sup> *Idem*, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., p. 500.

<sup>(60)</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>(61)</sup> *Idem*, *ibidem*.



dos arestos, os direitos sociais são considerados “direitos a prestações”, dispondo o legislador de uma ampla margem de liberdade na sua concretização<sup>(62)</sup>. O Tribunal entende, pois, que os direitos sociais não conferem “direito[s] imediato[s] a uma prestação efetiva”, não possuindo aplicabilidade direta nem exequibilidade<sup>(63)</sup>. Numa categorização de cariz intermédio, outros Acórdãos vieram reconhecer a “dupla natureza” negativa e positiva que subjaz a grande parte dos direitos sociais<sup>(64)</sup>. Muito episodicamente, porém, a jurisdição vislumbrou os direitos sociais como “autênticos direitos subjetivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justiciabilidade e exequibilidade imediata”<sup>(65)</sup>.

Independentemente desta aparente divergência de julgados, uma linha de continuidade na jurisprudência pode entender-se ser a de que os direitos sociais possuem um “certo grau de vinculatividade normativa”, vivendo em “normas jurídicas vinculantes que impõem positivamente ao legislador a realização de determinadas tarefas através das quais se pode concretizar o exercício desses direitos”<sup>(66)</sup>. Consensual parece ser também que estes direitos sociais se tratam de direitos “sob reserva do possível, não sendo directamente determináv[eis] no seu *quantum* e no seu modo de realização a nível da Constituição”<sup>(67)</sup>.

---

(62) Acórdãos do TC n.º 130/92, processo n.º 104/90, de 01.04.92, relator: Cons. Alves Correia; n.º 131/92, processo n.º 122/90, de 01.04.1992, relator: Cons. Alves Correia; n.º 32/97, processo n.º 61/96, de 15.01.1997, relator: Cons. Alves Correia; n.º 465/2001, processo n.º 77/00, de 24.10.2001, relator: Cons. Paulo Mota Pinto; e n.º 570/2001, processo n.º 286/00, de 12.12.2001, relator: Cons. Paulo Mota Pinto.

(63) Acórdão do TC n.º 346/93, processo n.º 237/91, de 12.05.1993, relator: Cons. Ribeiro Mendes, na esteira do Acórdão n.º 130/92, processo n.º 104/90, de 24.07.1992, relator: Cons. Alves Correia.

(64) Acórdão n.º 101/92, processo n.º 223/90, de 18.08.1992, relator: Cons. Monteiro Diniz.

(65) Acórdão n.º 92/85, processo n.º 143/84, de 18.06.1985, relator: Cons. Mário de Brito. Em sentido contrário, argumentando que um direito a prestação não pode atribuir um “direito subjetivo *prima facie*”, cf. o Acórdão n.º 309/09, processo n.º 215/09, de 22.06.2009, relator: Cons. Carlos Fernandes Cadilha, ponto 4.

(66) Acórdão n.º 221/09, processo n.º 775/08, de 05.05.2009, relator: Cons. Carlos Fernandes Cadilha, ponto 3.

(67) Acórdão n.º 400/2011, processo n.º 194/11, de 22.09.2001, relator: Cons. Vítor Gomes.

Desde logo, a consagração de direitos sociais na forma de direitos de prestação plenamente exequíveis pressuporia que o Estado pudesse *ordenar livremente* sobre o objeto da prestação. Ora, um tal “poder de disposição” não se verifica facilmente no domínio dos direitos sociais. A título de exemplo, quanto ao direito a um posto de trabalho, numa economia de mercado, o Estado não possui o monopólio desta decisão, nem se poderia comprometer a atribuir um posto de trabalho a cada um dos seus cidadãos<sup>(68)</sup>.

De facto, a efetividade dos direitos sociais é *condicionada pelas limitações da disponibilidade financeira* do Estado e das demais entidades públicas<sup>(69)</sup>. Este condicionamento deriva da necessidade de equilibrar o grau de satisfação de alguns direitos com os recursos disponíveis. Nestes termos, a doutrina tende a salientar a “escassez” do objeto da prestação, que se agudiza numa situação de crise financeira interna e/ou internacional, e que acaba por funcionar como um “limite fático” à implementação dos direitos sociais<sup>(70)</sup>.

---

(68) GEORG BRUNNER, “Die Problematik der sozialen Grundrechte”, *Recht und Staat*, Mohr Siebeck, Tübinga, 1971, pp. 3-37, p. 14. Na doutrina portuguesa, cf. RUI MEDEIROS, “Anotação ao artigo 58.º”, in Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 1136-1143, p. 1140.

(69) CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, *cit.*, p. 145.

(70) Cf., sobre o assunto, EVA M. K. HÄUBLING, *op. cit.*, p. 65. Em sintonia, DIETRICH MURSWIEK, “Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte”, in AAVV, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland — Allgemeine Grundrechtslehren* (org. Josef Isensee e Paul Kirchhof), Vol. 5, Müller, Jr. Verlag, Heidelberg, 1992, pp. 243-289, p. 267, e JÖRG PAUL MÜLLER, “Soziale Grundrechte in der schweizerischen Rechtsordnung, in der europäischen Sozialcharta und den UNO-Menschenrechtspakten”, in AAVV, *Soziale Grundrechte* (org. Ernts-Wolfgang Böckenförde, Jürgen Jekewitz e Thilo Ramm), Müller, Heidelberg, 1981, pp. 61-74, p. 63.

### 3. A força jurídica dos direitos sociais na Constituição portuguesa

Uma leitura atenta da nossa Constituição deixa claro que o legislador constituinte não especificou qual a força jurídica a atribuir às normas relativas aos direitos sociais, ao invés do que está previsto para os direitos, liberdades e garantias e para aos direitos fundamentais de natureza análoga, nos arts. 17.º e 18.º da CRP. No entanto, deste aparente silêncio não podemos retirar, pura e simplesmente e num raciocínio *a contrario sensu*, que os direitos sociais não são diretamente aplicáveis, não vinculam entidades públicas e privadas e que as suas restrições não estão sujeitas a apertados requisitos constitucionais<sup>(71)</sup>.

Quanto a nós, haverá sempre um certo “grau” — limitado — de aplicabilidade direta das normas relativas a direitos sociais. No entanto, esta asserção resulta de uma interpretação relacional dos direitos fundamentais e do princípio da unidade da Constituição, e não propriamente da aplicação automática do art. 18.º aos direitos sociais. Obviamente que o facto de a Constituição ter deixado de fora deste regime os direitos sociais não pode ser escamoteado. Tanto mais que, como vimos atrás, esta foi uma opção *convicta* do legislador constituinte. O importante, então, será procurar entender, dentro do sistema global de direitos fundamentais, qual o papel acometido aos direitos sociais e de que forma vinculam a comunidade política<sup>(72)</sup>. Com efeito:

- (a) Desde logo, as normas de direitos sociais não são um mero “aleluia jurídico”, mas vinculam na exata medida em que constituem genuínas *normas jurídicas* que estabelecem determinados objetivos sociais e políticos para o bem-estar da sociedade<sup>(73)</sup>.

---

(71) CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., p. 302.

(72) *Idem*, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., pp. 302-303.

(73) Expressão de J. J. GOMES CANOTILHO, “Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales”, *RCEC*, 1, 1988, pp. 239-260, p. 260.

- (b) Por este motivo, as normas de direitos sociais são um importante auxílio para a *interpretação* sistemática e, eventualmente, para a integração de lacunas.
- (c) Em especial, a maioria dos direitos sociais comporta dimensões *negativas*, de abstenção, que são obviamente tuteladas — ainda que a sua dimensão prevalecente seja a positiva, de prestação. A comprová-lo, se atentarmos ao elenco de direitos fundamentais constitucionalmente consagrado verificamos que ao direito fundamental ao trabalho (art. 58.º) antecede uma liberdade de trabalho, assim como ao direito fundamental social à educação (art. 73.º) antecede a liberdade de educação<sup>(74)</sup>.
- (d) Por outro lado, podem ser invocados como *fundamento de restrição* ou de limitação de direitos, liberdades e garantias, nos termos do n.º 2 do art. 18.º, mormente quando o texto constitucional estabelecer *deveres especiais de proteção*<sup>(75)</sup>. Aquando da ponderação de direitos fundamentais diretamente aplicáveis em situações de colisão/conflito, o intérprete-aplicador não deve optar por um direito fundamental em detrimento de outro direito fundamental, devendo outrossim harmonizá-los. Nesta esteira, parece-nos um contrassenso lógico advogar que o direito à greve dos profissionais de saúde, apenas pelo facto de estar catalogado no elenco dos direitos, liberdades e garantias — art. 57.º, n.º 1, da CRP — deva prevalecer sempre sobre o direito à saúde dos utentes do serviço nacional de saúde — art. 64.º, n.º 1, da CRP, pertencente ao elenco dos direitos sociais<sup>(76)</sup>.

---

(74) MIGUEL CARBONELL, “Los Derechos Sociales...”, *cit.*, pp. 217-218.

(75) Para um exemplo de situações em que a Constituição estabelece direitos especiais à proteção estadual, *vide*, entre outros, os direitos dos consumidores (art. 60.º), das crianças (art. 69.º), dos jovens (art. 70.º), dos cidadãos portadores de deficiência (art. 71.º), da terceira idade (art. 72.º).

(76) CATARINA SANTOS BOTELHO, “A intimação...”, *cit.*, p. 48, e JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 299. Ver também o acórdão do TC n.º 423/08, processo n.º 592/08,

- (e) Se possuírem natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, os direitos sociais beneficiarão do seu regime.
- (f) São igualmente aplicáveis os princípios da *universalidade* e da *igualdade*, plasmados nos arts. 12.º e 13.º da Constituição.
- (g) Serão *inconstitucionais* as normas legais concretizadoras que realizem um direito social desrespeitando os mandatos constitucionais, v.g., em termos hipotéticos, uma alteração legislativa que venha a retirar o caráter gratuito do ensino básico.
- (h) Para alguma doutrina é possível aplicar-se o mecanismo da inconstitucionalidade por *omissão* à inércia do Estado em cumprir as obrigações constitucionais em matéria de direitos sociais.
- (i) Os direitos a prestações derivados da lei — isto é, os direitos plasmados na legislação ordinária que foram atribuídos no cumprimento dos objetivos sociais traçados nos direitos constitucionais sociais — estão salvaguardados, em maior ou menor medida, pelo *princípio da igualdade*, pelo *princípio da proteção da confiança* e pelo *princípio da proporcionalidade*.
- (j) A terminar, refira-se ainda que, por construção doutrinária e jurisprudencial, o *princípio da dignidade da pessoa humana* tem assumido uma relevância crescente. Nos direitos sociais constitucionais, a vinculação estadual assume um caráter marcadamente objetivo, uma vez que não atribuem direitos diretamente invocáveis em tribunal. Contudo e como adiante veremos, tem-se admitido a existência de um direito subjetivo mínimo a prestações por parte do Estado, quando em causa esteja uma *existência*

---

de 04.08.2008, relator: Cons. Ana Guerra Martins, que considerou que a legislação “sobre a exposição dos indivíduos (...) ao fumo do tabaco (...) é suscetível de afetar a vertente negativa do direito à proteção da saúde na parte em que ela se sobrepõe ao direito à integridade física” (par. 9).

*condigna*. Neste reduto último do direito, descortina-se uma vertente subjetiva e diretamente oponível em juízo<sup>(77)</sup>.

#### 4. O Estado social no século XXI: morte ou metamorfose?

Se, perto dos meados do século XX, se falava do auge do “Estado-Prestador”, a par de notáveis progressos económicos, sociais e tecnológicos, o último quartel do século XX testemunhou uma eclosão da “crise do Estado social”, que se caracterizou pela incapacidade de o Estado promover, no todo ou em parte, o bem-estar social<sup>(78)</sup>. Muito provavelmente, o excesso de intervencionismo público, acoplado a conjunturas financeiras e económicas negativas, desembocaram naquilo a que, num jogo de palavras, se tem apelidado de “Estado de mal-estar”<sup>(79)</sup>. Para usar a imagem proposta por WILLIAM H. BEVERIDGE, o Estado é perspetivado como um genuíno “Estado Pai Natal”, do qual se espera que responda a todas as pretensões sociais<sup>(80)</sup>. Com efeito, numa tal “ver-

---

<sup>(77)</sup> CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., pp. 303-305.

<sup>(78)</sup> Cf. ANTÓNIO DE CABO DE LA VEGA, “La Crisis del Estado Social”, in AAVV, *Lecciones Sobre Estado Social y Derechos Sociales* (dir. Albert Noguera Fernández e Adoración Guamán Hernández), Tirant lo Blanch, Valença, 2014, pp. 59-79, ANTÓNIO LEITÃO AMARO, “O princípio constitucional da sustentabilidade”, in AAVV, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 405-432, p. 407, CHRISTOPH LUMER, “Principles of generational justice”, in AAVV, *Handbook of Intergenerational Justice* (ed. J. C. Tremmel), Edward Elgar Publishing, Northampton, 2006, pp. 53-71, p. 59, JORGE MIRANDA, “Os novos paradigmas do Estado social”, *RFDUP*, 9, 2012, pp. 181-197, pp. 187-188, MARGARIDA SALEMA, “O Estado social no contexto internacional e europeu”, *Polis*, 17, 2008, pp. 27-38, PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, I, Almedina, Coimbra, 2009, p. 459, e VASCO PEREIRA DA SILVA, *Para um Contencioso Administrativo dos Particulares? Esboço de uma Teoria Subjetivista do Recurso Directo de Anulação*, Almedina, Coimbra, 1989 (1.ª reimpressão 1997), 1996, pp. 56-61.

<sup>(79)</sup> V.g. entre outros, RAMÓN COTARELO, *Del Estado del Bienestar al Estado del Malestar*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2.ª ed., 1990, pp. 34-35.

<sup>(80)</sup> *Social Insurance and Allied Services*, 1942, Londres.

tigem prestadora”, o “perímetro e responsabilidades” do Estado-prestador alargou-se de tal modo que passou a ser responsável pela satisfação de todas as necessidades coletivas de bem-estar, independentemente de serem ou não estritamente necessárias<sup>(81)</sup>.

Em tais contingências económico-financeiras, a pergunta que se tem feito prende-se com o papel reservado à Constituição: deverá esta consagrar normas de intervenção nas opções económicas dos Estados (v.g., consagrando uma cláusula de limitação constitucional ao défice) ou deverá, pelo contrário, ser economicamente neutra?

Na nossa perspetiva, espera-se demais da Constituição, vendo-se nela paradoxalmente tudo e nada: *tudo*, no sentido de que o bem-estar social depende da configuração que a mesma atribuiu ao Estado social; e *nada*, visto que, quando as políticas públicas não logram o resultado pretendido, não tardam a surgir vozes alarmistas que, com palavras de ordem sonantes, defendem a Constituição como um documento descartável, apelando à sua constante revisão<sup>(82)</sup>. Esta visão assenta na ilusão de que a mera alteração do texto constitucional operará, por artes mágicas, uma transfiguração súbita da realidade socioeconómica de um Estado<sup>(83)</sup>.

Em Portugal, assim como noutros Estados europeus, a crise bancária, iniciada em 2007, veio a desembocar, desde 2009, numa “crise das dívidas soberanas”<sup>(84)</sup>. Neste cenário, é superlativamente visível que os *anos dourados* chegaram ao fim, que as políticas de austeridade parecem ter vindo para ficar, pelo menos por uns bons anos, e que se torna imperioso analisar a realidade das coisas tal como elas são, procurando dar-lhes respostas cabazes e não saídas airoas. Concomitantemente torna-se cada vez mais

---

(81) ANTÓNIO LEITÃO AMARO, *op. cit.*, p. 407, e RUI MEDEIROS, *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, pp. 107-111.

(82) CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise... cit.*, p. 419.

(83) No mesmo sentido, JORGE MIRANDA, “Acabar com o Frenesim Constitucional”, in AAVV, *Nos 25 Anos da Constituição da República Portuguesa de 1976 — Evolução constitucional e perspectivas futuras*, AAFDL, Lisboa, 2001, pp. 653-662, p. 655.

(84) MANUEL FONTAINE CAMPOS, “A crise e a regulação internacional e europeia...”, *cit.*, p. 81.

notório que o Estado não pode ser perspetivado como o único agente responsável pelo progresso social, justificando-se, portanto, uma lógica de subsidiariedade social.

A *gestão normativa* deste equilíbrio entre a austeridade e o bem-estar social revela-se complexa. Num Estado social ameaçado e que já apresentava sérias debilidades, não surpreende que se coloque em causa agora a própria força normativa da Constituição, mormente quanto aos direitos sociais<sup>(85)</sup>. No entanto, cumpre salvaguardar que, como resulta óbvio, todos os direitos fundamentais, sejam de liberdade, sejam sociais, sentem os efeitos da crise, posto que esta tem implicações transversais a todo o ordenamento jus-fundamental.

Nesta esteira, alguma doutrina considera que a falência do Estado-Providência pôs em causa “o próprio paradigma da intervenção estadual” e o substituiu pelo Estado “*regulador, garantidor e incentivador*”, que admite e promove a colaboração de privados na execução de tarefas de interesse público<sup>(86)</sup>. Transitou-se, por conseguinte, de um Estado prestador, apelidado de “Estado herói” (*heroischen Staates*), que assumia a execução e promoção de tarefas hercúleas, para um “Estado pós-herói” menos interventivo, mas não menos empenhado<sup>(87)</sup>. Quiçá o problema seja agora a falta de meios financeiros ao dispor do Estado e não um menor empenhamento na causa social e na promoção de uma igualdade real entre as pessoas.

Atentos a estes contratempus que sacodem o *acquis* jurídico, cumpre perguntar: “terá o Estado social chegado ao fim?”<sup>(88)</sup>. NIKLAS LUHMANN entende que o Estado social tal como o conhecíamos

---

(85) CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., p. 420.

(86) Sobre esta complexa temática, cf. uma ampla listagem bibliográfica citada em CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., p. 421, nt. 2021.

(87) Fórmula de HELMUT WILLKE, *Supervision des Staates*, Suhrkamp, Frankfurt, 1997, p. 347. A propósito, cf., igualmente, J. J. GOMES CANOTILHO, “*Brançosos’ e inter-constitucionalidade — Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*”, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 146-148, e MANUEL FONTAINE CAMPOS, “A crise e a regulação internacional e europeia...”, cit., p. 130.

(88) Respetivamente, HANS F. SACHER, “Der Sozialstaat an der Wende...”, cit., pp. 65-69, e NIELS PLOUG, “L’État providence en liquidation?”, *RISS*, 48 (2), 1995, pp. 65-77.



encontra-se num “processo de auto-dissolução”<sup>(89)</sup>. Outros alertam para um estado de “desmontagem controlada do Estado social”, que atinge com maior intensidade as áreas da educação e da cultura<sup>(90)</sup>. Mais moderadamente, alguns economistas advertem que, quanto ao específico caso português, não estamos propriamente a empobrecer. O que sucede é que o Estado viveu durante umas décadas intoxicado pela ilusão de riqueza e de promoção irrealista de um determinado nível elevado de bem-estar<sup>(91)</sup>.

Isto posto, resta então averiguar qual o papel do Estado social no século XXI e o que se poderá, honesta e realisticamente, esperar dele. JOÃO CARLOS LOUREIRO, numa linguagem sugestiva, entende que a “falência de uma compreensão obesa do Estado social — o Estado providência” — não deve ser entendida como um “*requiem* pelo Estado social”, porquanto este “não é uma categoria, empírica ou normativamente, morta ou moribunda: nem do lado do substantivo (Estado), nem do adjetivo (social)”<sup>(92)</sup>. Numa linha de continuidade, CARLA AMADO GOMES defende que, se a “história curta do Estado-providência pode ter terminado”, já “a do Estado Social continua”, uma vez que “não existe um retrocesso” ao patamar mínimo de justiça social oferecido pelo Estado liberal, nem “um avanço para um novo modelo de Estado que supere, substitua, anule, os pressupostos do Estado Social”<sup>(93)</sup>. Parece-nos que esta é uma visão equilibrada do atual estágio de evolução do Estado social e aderimos a ela<sup>(94)</sup>.

Com efeito, a questão não se deverá colocar em moldes de um fim do Estado social ou sequer colocando em causa a sua existên-

---

<sup>(89)</sup> *Teoría Política en el Estado del Bienestar*, Alianza, Madrid, 1993, p. 31.

<sup>(90)</sup> GREGORIO CÁMARA VILLAR *et al.*, *Manual de Derecho Constitucional* (coord. Francisco Balaguer Callejón), Vol. II, Tecnos, Madrid, 8.ª ed. atualizada, 2013, p. 311.

<sup>(91)</sup> CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, *cit.*, p. 422.

<sup>(92)</sup> “Adeus ao Estado Social?...” *cit.*, pp. 107-108. Como etapas do mesmo discurso, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Repensar a relação entre o Estado e a Sociedade”, *Nova Cidadania*, 8 (31), 2007, pp. 36-38.

<sup>(93)</sup> “Estado social e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes”, *RFDUP*, 7, 2010, pp. 19-34, p. 24.

<sup>(94)</sup> CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, *cit.*, p. 423.

cia, não se tratando, por conseguinte, de “desmantelar, mas de transformar o Estado social”<sup>(95)</sup>. Assim, o que está em causa é saber se se pretende/ é viável um Estado social “melhor ou pior”, “ideal ou não ideal” ou “funcional ou disfuncional”<sup>(96)</sup>.

A concluir, não se nos afigura que estejamos perante uma morte do Estado social, mas uma *metamorfose* de contornos ainda muito imprevisíveis. Não são, por conseguinte, de menosprezar as propriedades *camaleónicas* do Estado social, que comprovam a riqueza do seu conteúdo<sup>(97)</sup>.

## 5. Da admissibilidade da proibição do retrocesso social

Como vimos, de um Estado “concretizador” dos direitos sociais transitou-se para um Estado “desconcretizador”, que se vê confrontado com a necessidade de retroceder nos níveis de proteção social anteriormente garantidos<sup>(98)</sup>. O cenário de crise económica e financeira reacendeu a discussão em torno da admissibilidade de uma “proibição do retrocesso social”, ou da “teoria da irreversibilidade”, que data das décadas de sessenta e setenta do século passado e que tem perdurado até hoje<sup>(99)</sup>. Uma tal “tese de

---

<sup>(95)</sup> HANS KÜNG, *Weltethos für Weltpolitik und Weltwirtschaft*, Munique, 1997, p. 234, *apud* JOÃO CARLOS LOUREIRO, “Explicitações preliminares...”, *cit.*, p. 18.

<sup>(96)</sup> HANS F. SACHER, “Der Sozialstaat an der Wende...”, *cit.*, p. 186.

<sup>(97)</sup> CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, *cit.*, pp. 435-436.

<sup>(98)</sup> CARLA AMADO GOMES, “Estado social e concretização de direitos fundamentais...”, *cit.*, p. 23.

<sup>(99)</sup> FRIEDERIKE VALERIE LANGE, *op. cit.*, pp. 468-470, OLIVIER DE SCHUTTER, “Article 52 — Scope of guaranteed rights”, in AAVV, *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, *cit.*, pp. 397-408, p. 406, RAINER GEESMANN, *Soziale Grundrechte im deutschen und französischen Verfassungsrecht und der Charta der Grundrechte der Europäischen Union — Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu den Wirkdimensionen sozialer Grundrechte*, Europäische Hochschulschriften, Vol. 4207, Peter Lang — Europäischer Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main, 2005, pp. 118-120, e WAGDI SABETE, “Note”, *Recueil Dalloz Sirey (Jurisprudence)*, 1999, pp. 271 ss., p. 272. Em Portugal, sobre esta discussão e apresentando as várias posições doutrinárias, cf. LUÍS

congelamento dos direitos sociais” feriria de inconstitucionalidade diversas propostas ou medidas legislativas adotadas em vários Estados europeus, num contexto de austeridade<sup>(100)</sup>. Estamos a referir-nos, v.g., à redução dos vencimentos da função pública e ao congelamento dos concursos e das progressões, ao aumento da idade da reforma, ou ao aumento das propinas e das taxas moderadoras.

Em Portugal, o princípio da proibição do retrocesso social, que nunca foi dogmaticamente apresentado com suficiente precisão, assentaria em vários princípios ínsitos ao Estado de Direito: (i) o princípio da proteção da confiança (art. 2.º CRP); (ii) o princípio da igualdade, em especial na vertente da proibição da discriminação (art. 13.º da CRP); (iii) e o princípio da proporcionalidade (n.º 2 do art. 18.º da CRP)<sup>(101)</sup>.

Quanto à jurisprudência constitucional portuguesa sobre o retrocesso social, se o Tribunal, quiçá com alguma precipitação, começou por admiti-lo — no sobejamente conhecido Acórdão n.º 39/84<sup>(102)</sup> — acabou por matizar a sua posição<sup>(103)</sup>, em especial admitindo que a proibição do retrocesso apenas poderá funcionar “em casos-limite”, em homenagem ao “princípio da alternância democrática”<sup>(104)</sup>.

---

VERDE DE SOUSA, “Acerca do princípio da proibição do retrocesso social”, *BDFC*, 83, 2007, pp. 747-803.

<sup>(100)</sup> GREGÓRIO CÁMARA VILLAR *et al.*, *op. cit.*, p. 325.

<sup>(101)</sup> CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise... cit.*, pp. 435-436.

<sup>(102)</sup> Processo n.º 6/83, de 11.04.1984, relator: Cons. Vital Moreira. Este Acórdão foi objeto de uma declaração de voto (Cons. Joaquim Costa Aroso) e de dois votos de vencido (Cons. Cardoso da Costa e Messias Bento). Para um comentário, cf. VASCO PEREIRA DA SILVA, “Comentário ao Acórdão n.º 39/84”, *O Direito*, ano 106-119, 1974/1987, pp. 397-433.

<sup>(103)</sup> Veja-se, a propósito, os Acórdãos do TC n.º 186/88, processo n.º 344/88, de 11.08.1988, relator: Cons. Cardoso da Costa, n.º 731/95, processo n.º 259/95, de 27.06.1995, relator: Cons. Ribeiro Mendes, n.º 101/92, processo n.º 223/90, de 17.03.1992, relator: Cons. Monteiro Diniz, n.º 148/94, n.º 530/92, de 08.02.1994, relator: Cons. Guilherme da Fonseca, n.º 509/2002, processo n.º 768/02, de 19.12.2002, relator: Cons. Luís Nunes de Almeida, e n.º 590/2004, processo n.º 944/03, de 06.10.2004, relator: Cons. Artur Maurício.

<sup>(104)</sup> Par. 9, do Acórdão n.º 509/2002, *cit.*

Veja-se como este Acórdão n.º 39/84 está completamente desfasado dos nossos dias e da atual conjuntura económica e financeira. O Tribunal Constitucional afirmou que “(a) partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação *positiva*, para se transformar (ou passar também a ser) numa obrigação *negativa*. O Estado, que estava obrigado a *atuar* para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a *abster-se* de atentar contra a realização dada ao direito social”<sup>(105)</sup>.

Ora, e como ‘para bom entendedor meia palavra basta’, o Tribunal estava a preparar terreno para admitir uma progressão contínua de prestações sociais que se cristalizariam *in perpetuum* na nossa ordem jurídica<sup>(106)</sup>. Por esta razão, esta leitura constitucional terá de cingir-se às hipóteses em que o direito em causa consagra uma *ordem de legislar*<sup>(107)</sup>. No Acórdão n.º 352/91, o TC sublinhou que “o legislador não está, em regra, obrigado a manter as soluções jurídicas que alguma vez adotou. Notas constitutivas da função legislativa são justamente, entre outras, a *liberdade constitutiva* e a *auto-revisibilidade*”<sup>(108)</sup>. Como viemos de afirmar, o próprio Tribunal não parece entender que o princípio da proibição do retrocesso tenha fundamento autónomo<sup>(109)</sup>, optando por associá-lo, como fez no Acórdão n.º 101/92, à violação do princípio da proteção da confiança<sup>(110)</sup>, ou ao mínimo de existência condigna<sup>(111)</sup>.

---

<sup>(105)</sup> Ponto 2.3.3. Ver também o Acórdão do TC, n.º 509/2002, processo n.º 768/02, de 19.12.2002, relator: Cons. Luís Nunes de Almeida, ponto 8.

<sup>(106)</sup> CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., p. 443.

<sup>(107)</sup> Acórdão do TC, n.º 474/02, processo n.º 489/94, de 19.11.2002, relator: Cons. Bravo Serra. Para esta leitura, cf. FERNANDO ALVES CORREIA, “A concretização dos direitos sociais pelo Tribunal Constitucional”, *RLJ*, 137, 2008, pp. 355-359, pp. 356-357.

<sup>(108)</sup> Processo n.º 99/90, de 04.07.1991, relator: Cons. Messias Bento, par. 13.

<sup>(109)</sup> Esta orientação foi muito transparentemente seguida no Acórdão do TC n.º 465/2001, cit.

<sup>(110)</sup> Processo n.º 223/90, de 17.03.1992, relator: Cons. Monteiro Diniz, ponto 5, que se deixa transcrito: “não se pode, em bom rigor, falar em *retrocesso social* pois que a recorrente não viu diminuído ou afetado, com a edição do Decreto-Lei n.º 328/81, qual-

Mais explicitamente, no Acórdão n.º 509/2002, o Tribunal deixou claro que adere a uma *leitura restritiva* na matéria e que o apelo à proibição do retrocesso social “apenas pode funcionar em casos-limite, uma vez que, desde logo, o *princípio da alternância democrática* (...) inculca a revisibilidade das opções político-legislativas, ainda quando estas assumam o carácter de opções legislativas fundamentais”<sup>(112)</sup>.

Quanto a nós, o ponto fulcral da argumentação em torno do princípio da proibição do retrocesso social, ainda que parta de um raciocínio intelectualmente elegante e que cria empatia social, olvida o funcionamento saudável de uma democracia<sup>(113)</sup>. Neste domínio e como bem adverte RUI MEDEIROS, é extremamente relevante que se invista e que se valorize a “participação dos cidadãos na formação da vontade eletiva”, nomeadamente através de eleições<sup>(114)</sup>. A confirmá-lo, o poder legislativo pode decidir, v.g., reformar os sistemas de ensino ou de saúde, em feição mais ou menos descentralizada ou mais ou menos socializante, desde que não deixe de prever e organizar os tais serviços<sup>(115)</sup>.

Quanto a nós, os principais argumentos contra a proibição (absoluta) do retrocesso social são os seguintes<sup>(116)</sup>:

- (i) Há que atender, desde logo, ao facto de a proibição do retrocesso social apenas poder ser encarada como um mote de luta política, ao jeito de um expressivo e

---

quer *direito adquirido*, em termos de se gerar violação do *princípio da proteção da confiança e de segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural*”.

<sup>(111)</sup> CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., p. 444.

<sup>(112)</sup> Processo n.º 768/02, de 19.12.2002, relator: Luís Nunes de Almeida, ponto 9. Esta argumentação foi seguida pelo Acórdão n.º 3/2010, cit., ponto 3.

<sup>(113)</sup> CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., p. 445.

<sup>(114)</sup> RUI MEDEIROS, “Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre a unidade e a diversidade”, in AAVV, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia* (coord. Jorge Miranda), Vol. IV, FDUL, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 657-683, p. 678.

<sup>(115)</sup> JORGE MIRANDA, *Manual...*, IV, cit., p. 494.

<sup>(116)</sup> CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., pp. 437-440.

ecoante “nem um passo atrás”<sup>(117)</sup>, mas não constituir um princípio jurídico-constitucional<sup>(118)</sup>.

- (ii) O “princípio da auto-revisibilidade” é uma marca distintiva do poder legislativo, num Estado democrático, no qual vigoram os princípios da maioria e da periodicidade<sup>(119)</sup>. Nesta sede, é importante salientar a “*liberdade constitutiva e a autorrevisibilidade*” como características endógenas à função legislativa, sendo imperativo existir uma abertura a todas as opções políticas que se movam dentro do marco constitucional<sup>(120)</sup>.
- (iii) Entende-se igualmente que esta admissibilidade conduz a uma “confusão na hierarquia normativa”, promovendo uma “*quasi-constitucionalização*” da legislação ordinária<sup>(121)</sup>. A Constituição seria uma espécie de novo *totem*, que tudo regularia, até à exaustão, em desrespeito pelo *princípio da essencialidade* — ou seja, a ideia de que o texto da constituição deverá ser seletivo e não exaustivo — que resulta umbilicalmente conexionado com a vocação de permanência e de normatividade da Constituição.
- (iv) Ironicamente, a aplicação da proibição do retrocesso social teria um *efeito perverso*, porquanto acabaria por tornar os direitos sociais “mais imunes ao legislador” do que os próprios direitos, liberdades e garantias, visto

---

<sup>(117)</sup> Veja-se o título da obra colectiva *Ni un paso atrás — La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (org. Christian Courtis), Editores del puerto, Buenos Aires, 2006.

<sup>(118)</sup> JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, cit., p. 245.

<sup>(119)</sup> JÖRG POLAKIEWICZ, “Soziale Grundrechte and Staatszielbestimmungen in der Verfassungsordnung Italiens, Portugals und Spaniens”, *ZaöRV*, 1994, pp. 340-391, p. 372, e WERNER WEBER, “Die verfassungsrechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderungen”, *Der Staat*, 4, 1965, pp. 409-439, p. 433.

<sup>(120)</sup> Cf. a listagem bibliográfica citada *apud* CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., p. 438, nt. 2109.

<sup>(121)</sup> MATTHIAS CORNILS, *Die Ausgestaltung der Grundrechte — Untersuchung zur normativen Ausgestaltung der Freiheitsrechte*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2005, p. 541.

que estes últimos podem ser restringidos, nos termos dos n.ºs 2 e 3 do art. 18.º<sup>(122)</sup>.

- (v) Poderia *cercear a atividade legislativa* de promoção dos direitos sociais, perante uma eventual impossibilidade de assumir futuramente esses compromissos<sup>(123)</sup>.
- (vi) A proibição do retrocesso social “nada pode fazer contra as recessões e crises económicas (*reversibilidade fáctica*)”<sup>(124)</sup>.
- (vii) Por último, a invocação do princípio da proibição do retrocesso social parece ter constituído uma daquelas situações menos felizes de importação de uma teoria jus-fundamental estrangeira — neste caso, germânica — sem a devida correspondência, uma vez que, no nosso ordenamento jurídico-constitucional, os direitos sociais beneficiam de uma consagração constitucional expressa<sup>(125)</sup>.

Elencadas as razões da nossa discordância em considerar a proibição do retrocesso social como um princípio jurídico-constitucional autónomo, parece-nos que a doutrina e a jurisprudência portuguesas deverão *repensar o apelo ou a referência* que fazem a este princípio, aquando das discussões dogmáticas e práticas dos direitos fundamentais. Permita-se-nos um comentário no sentido de que, porventura, a razão das *referências jurisprudenciais descafeinadas* — mas sempre presentes — a este princípio se deverem ao facto de este ter sido aplicado num Acórdão (n.º 39/84), ao que sucedeu, em jeito de, e seja-nos permitido um lugar-comum, ‘mar-

---

<sup>(122)</sup> Como bem observaram JOÃO CAUPERS, *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores... cit.*, p. 133, JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais... cit.*, p. 244, MANUEL AFONSO VAZ, *Lei e Reserva da Lei — A Causa da Lei na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra Editora, Coimbra, 2.ª ed., 2013, p. 384, e TIAGO ANTUNES, *op. cit.*, p. 734.

<sup>(123)</sup> Assim, JORGE PEREIRA DA SILVA, *Dever de Legislar e Protecção Jurisdicional Contra Omissões Legislativas — Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade por Omissão*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2003, p. 281.

<sup>(124)</sup> ERIKA DE WET, “The positive aspects of certain negative rights in the interim bill of rights: identifying certain parallels with *Teihaberechte* in German constitutional law”, *SAPR/PL*, 10, 1995, pp. 73-106, p. 90.

<sup>(125)</sup> JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais... cit.*, pp. 240-250.

car o ponto’, tendo assim permanecido essa obrigação jurisprudencial e doutrinária de o *revisitar ao de leve*, dando a impressão de que a jurisprudência o continua a aplicar, mas acabando sempre por o afastar<sup>(126)</sup>.

A nosso ver, não se compreende a necessidade de se estar reiteradamente a falar sobre um princípio que não só está morto como também nunca existiu enquanto princípio jurídico-constitucional, pois não é compaginável com uma Constituição consagradora de direitos fundamentais sociais. Como escreveu THOMAS MANN: “há doutrinas que são como casas abandonadas; estão de pé, ficam de pé, mas ninguém nelas habita”<sup>(127)</sup>.

É, quanto a nós, tempo de direcionar esforços jurisprudenciais e doutrinários na análise de outros princípios jurídico-constitucionais que — esses sim — resultam vertidos na nossa Constituição ou dela se retiram por interpretação: a proteção da confiança, a igualdade, a reserva do possível, o mínimo para uma existência condigna, e a justiça intergeracional.

## **6. Considerações finais: o papel do Tribunal Constitucional como guardião dos direitos fundamentais sociais**

É um facto que, no pós-Guerra, os textos constitucionais se tornaram crescentemente mais politizados, pelo que se fala frequentemente em “expetativas constitucionais”, que podem abrir fragilidades ao nível da constância e estabilidade constitucionais<sup>(128)</sup>. Destarte, acaba por ser incontornável um certo grau de

---

<sup>(126)</sup> CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., p. 446.

<sup>(127)</sup> *Idem*, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., p. 513.

<sup>(128)</sup> RUPERT SCHOLZ, “Konstitutionalisierte Politik oder politisierte Konstitution?”, in AAVV, *Realitätsprägung durch Verfassungsrecht — Kolloquium aus Anlass des 80. Geburtstages von Peter Lerche*, Wissenschaftliche Abhandlungen und Reden zur Philosophie, Politik und Geistesgeschichte, 50, Duncker & Humblot, Berlin, 2008, pp. 9-16, p. 12.



“decisão política” na decisão constitucional, porém, esta não se traduz numa opção partidária, mas sim numa resolução de algum pendor político *lato sensu*<sup>(129)</sup>.

Nos nossos dias, torna-se complexo efetuar uma distinção rígida entre o momento de *aplicação* do direito e o momento da *criação* do direito, importando outrossim reconhecer, com MARIA LÚCIA AMARAL, que a cultura jurídica do Estado constitucional assume movimentos circulares, uma vez que tanto o momento de criação do direito pode assumir uma vertente de aplicação como o momento de aplicação do direito pode ter uma vertente criadora<sup>(130)</sup>. De facto, a designação “liberdade de conformação política do legislador” — adotada pela jurisprudência constitucional germânica no segundo quinquénio do século passado — pretende designar os “espaços de atuação *livre*, não constitucionalmente vinculada, da função legislativa”<sup>(131)</sup>.

Em tempos conturbados, como os que vivemos, de expressiva crise económica e financeira, alguma doutrina entende que os juízes constitucionais não deverão apenas se “ater ao direito positivo estrito”, desconsiderando o princípio da necessidade<sup>(132)</sup>. A título exemplificativo, para MARIA BENEDITA URBANO, com o objetivo de evitar uma politização do Tribunal Constitucional dever-se-ia extrair um “novo princípio: *in dubio pro medidas anti-crise*”<sup>(133)</sup>.

Quanto a nós, temos sérias dúvidas quanto à pertinência de um tal princípio, porquanto se estaria a inverter a lógica subjacente ao *princípio da constitucionalidade* plasmado no n.º 3 do art. 3.º da Constituição: são as medidas que têm que demonstrar a sua compatibilização (ou maior compatibilização possível) com a Constitui-

---

(129) ANDRÉS ROSSETTI, “¿Los Derechos Sociales como derechos «de segunda»? Sobre las generaciones de derechos y las diferencias con los derechos «de primera»”, in AAVV, *Los Derechos Sociales en el Estado Constitucional...*, cit., pp. 309-328, p. 324.

(130) “Justiça constitucional, protecção dos direitos fundamentais e segurança jurídica’ ou ‘Que modelo de justiça constitucional melhor protege os direitos fundamentais?’”, in AAVV, *Anuário Português de Direito Constitucional*, vol. II/2002, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 11-22, p. 16.

(131) MARIA LÚCIA AMARAL, *Responsabilidade do Estado...*, cit., p. 382, nt. 196.

(132) MARIA BENEDITA URBANO, *loc. cit.*, p. 23.

(133) *Idem*, *loc. cit.*, p. 25.

ção, e não o contrário<sup>(134)</sup>. Numa abordagem diferente da acima proposta, não deixa de ser interessante, com as devidas matizações, o apelo ao princípio de hermenêutica jurídica *in dubio pro justitia socialis*, que tem sido invocado pela jurisdição suprema argentina<sup>(135)</sup>. Nas palavras certeiras de FRANCISCO BALLAGUER CALLEJÓN, uma interpretação utilitarista da democracia desemboca na “*interpretación económica da Constitución*”, que se sobrepõe — indevida e erroneamente — àquela que deveria justamente ser a “*interpretación constitucional da crise*” (sublinhado nosso)<sup>(136)</sup>. Seguindo o mesmo caminho, CHRISTIAN COURTIS apela à noção estadunidense de “escrutínio estrito” (*strict scrutiny*) por parte do julgador, que deverá inclinar-se pela inconstitucionalidade<sup>(137)</sup>.

Para terminar e quanto à jurisprudência constitucional portuguesa da crise, somos de opinião que se pode desenhar, muito claramente, uma linha evolutiva<sup>(138)</sup>:

- (i) adesão à retórica da crise como fundamento de um certo *favor legislatoris* — Acórdãos n.º 399/2010 (viabilização medidas de contenção orçamental)<sup>(139)</sup> e

<sup>(134)</sup> CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., p. 489.

<sup>(135)</sup> *Caso Berçaitz, Miguel Ángel s/ jubilación*, de 13.09.1974, apud CHRISTIAN COURTIS, “La prohibición de regresividad...”, cit., p. 41.

<sup>(136)</sup> “Crise económica y crisis constitucional en Europa”, *REDC*, 98, 2013, pp. 91-107, pp. 106-107. Também RUI MEDEIROS, “Jurisprudência Constitucional Portuguesa sobre a Crise: Entre a Ilusão de um Problema Conjuntural e a Tentação de um Novo Dirigismo Constitucional”, in AAVV, *O Tribunal Constitucional e a Crise — Ensaio Crítico* (org. Gonçalo de Almeida Ribeiro e Luís Pereira Coutinho), Almedina, Coimbra, 2014, pp. 263-288, p. 284, entende que é de rejeitar a ideia de que o Direito Constitucional “esteja condenado a ceder perante a inevitabilidade económica, devendo curvar-se perante a economia”.

<sup>(137)</sup> “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, in AAVV, *Ni un paso atrás — La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, pp. 3-52, p. 33.

<sup>(138)</sup> CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise...*, cit., p. 490. Como etapas do mesmo discurso, cf., entre outros, CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional...*, cit., pp. 711-732, MARIA BENEDITA URBANO, *op. cit.*, pp. 13-42, PAULO MOTA PINTO, “A Proteção da Confiança na «Jurisprudência da Crise»”, in AAVV, *O Tribunal Constitucional e a Crise...*, cit., pp. 133-181, p. 143, RUI MEDEIROS, “A Jurisprudência Constitucional...”, cit., pp. 265-273, e *idem*, *A Constituição Portuguesa num Contexto Global...*, cit., pp. 64-73.

<sup>(139)</sup> De 27.10.2010.

- n.º 396/2011 (viabilização primeiros cortes salariais)<sup>(140)</sup>;
- (ii) *matização desta posição*, através (diretas) indiretas ao legislador, no sentido de que, com o avançar do tempo, a tolerância da jurisdição constitucional ao argumento da crise seria menor — Acórdãos n.º 353/2012 (restrição de efeitos da declaração de inconstitucionalidade da suspensão parcial/total dos subsídios de férias e de Natal dos funcionários públicos e pensionistas)<sup>(141)</sup>; n.º 187/2013 (viabilização do corte nas horas extraordinárias dos funcionários públicos e a CES — Contribuição Extraordinária de Solidariedade —, mas acaba por invalidar, entre outras disposições, a suspensão do subsídio de férias a pensionistas, funcionários e docentes de investigação)<sup>(142)</sup>; n.º 794/2013 (viabilização do aumento do horário de trabalho dos funcionários públicos de 35 para 40 horas semanais)<sup>(143)</sup>; e o n.º 572/2014 (viabilização da CES, somente por entender que se trata de uma medida excecional e transitória);
- (iii) formulação do juízo de constitucionalidade segundo uma *lógica de normalidade*, dando como superado o argumento da conjuntura económico-financeira excecional — Acórdãos n.º 862/2013 (chumbo da convergência das pensões da CGA)<sup>(144)</sup>; n.º 413/2014 (inviabilização de três de quatro normas do Orçamento de Estado, por violação do princípio da igualdade e da proporcionalidade)<sup>(145)</sup>; n.º 575/2014 (chumbo da Contribuição de Sustentabilidade que seria de aplicar sobre as pensões a partir de 2015, com fundamento na violação do princípio da proteção da confiança)<sup>(146)</sup>.

---

<sup>(140)</sup> De 21.11.2011.

<sup>(141)</sup> De 05.07.2012.

<sup>(142)</sup> De 05.04.2013.

<sup>(143)</sup> De 21.11.2013.

<sup>(144)</sup> De 19.12.2013.

<sup>(145)</sup> De 30.05.2014.

<sup>(146)</sup> De 14.08.2014.