

De novo a querela da “unidade dogmática” entre
direitos de liberdade e direitos sociais em tempos
de “exceção financeira”

Some new thoughts on the so called “dogmatic unity”
between liberty rights and social rights in times
of financial emergency

CARLOS BLANCO DE MORAIS

VOL. 1 Nº 3 DEZEMBRO 2014

WWW.E-PUBLICA.PT

DE NOVO A QUERELA DA “UNIDADE DOGMÁTICA” ENTRE DIREITOS DE LIBERDADE E DIREITOS SOCIAIS EM TEMPOS DE “EXCEÇÃO FINANCEIRA”

SOME NEW THOUGHTS ON THE SO CALLED “DOGMATIC UNITY” BETWEEN LIBERTY RIGHTS AND SOCIAL RIGHTS IN TIMES OF FINANCIAL EMERGENCY

CARLOS BLANCO DE MORAIS¹

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade - Cidade Universitária
1649-014 Lisboa - Portugal
cbm@fd.ul.pt

Abstract: A recent Portuguese doctrinal current intends to equate the classic liberty rights and social rights and to demonstrate that the latter cannot actually qualify as “weak rights” – this is the thesis that holds the dogmatic unity of liberty rights and social rights. The present study pretends to critically appraise the contribution of the doctrinal current that defends this dogmatic unity of fundamental rights. Moreover, it pretends to further assess whether the judicial protection of social rights violated by legislative measures in the context of the financial crisis was due to the thesis of the indivisibility of liberty rights and social rights.

Keywords: social rights; liberty rights; unity or duality between liberty rights and social rights; financial state of exception.

Resumo: Uma recente corrente doutrinária portuguesa intenta equiparar os direitos de liberdade e os direitos sociais, bem como demonstrar que estes últimos não são efetivamente qualificáveis como “direitos fracos” – trata-se da tese que sustenta a *unidade dogmática* entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais. Com o presente estudo pretende-se, por um lado, apreciar criticamente o contributo desta corrente doutrinária que defende uma dogmática unitária dos direitos fundamentais. Por outro lado, pretende-se ainda aferir se a defesa jurisdicional dos direitos sociais vulnerados por medidas legislativas no contexto da crise financeira ficou devedora da tese da indivisibilidade entre direitos de liberdade e direitos sociais.

Palavras-Chave: direitos sociais; direitos de liberdade; unidade ou dualidade de direitos de liberdade e direitos sociais; estado de exceção financeira.

Sumário: 1. Introdução; 2. A tese da unidade dogmática; 2.1. Idêntica relevância material entre direitos de liberdade e direitos sociais; 2.2. A exigibilidade de prestações financeiras do Estado; 2.3. O “status” de

1. Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; cbm@fd.ul.pt.

direito subjetivo não seria um atributo exclusivo dos direitos de liberdade; 2.4. Escassa relevância do critério de sistematização constitucional entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais; 2.5. Ausência de consequências práticas na atribuição de um regime reforçado de proteção aos direitos liberdades e garantias radicado no artigo 18º e no artigo 288º da CRP; 2.6. Critérios constitucionais que fariam subsistir uma diferença de regimes; a) Critério orgânico; b) O critério da aplicabilidade direta dos direitos, liberdade e garantias; 2.7. Supostos fatores de desvalorização dos direitos sociais; 3. Apreciação crítica da tese da unidade dogmática; 3.1. Apontamento sobre a estratégia argumentativa e retórica da construção examinada; 3.2. Os argumentos jurídicos em debate; a) O primado substancial dos direitos, liberdades e garantias; b) A diferença qualitativa e quantitativa das obrigações prestacionais do Estado na esfera dos direitos de liberdade e dos direitos sociais; c) Reservas sobre a dimensão subjetiva dos direitos sociais a prestações constantes da Constituição; c) Reservas sobre a dimensão subjetiva dos direitos sociais a prestações constantes da Constituição; d) A relevância efetiva do regime constitucional privilegiado de defesa dos direitos, liberdades e garantias; i) Especialidades reforçadas em sede de restrição de direitos de liberdade; ii) O relevo horizontal e vertical da reserva parlamentar de lei na esfera dos direitos, liberdades e garantias; iii) O regime de aplicação direta dos direitos liberdades e garantias nas suas dimensões positiva e negativa; iv) O alcance da cláusula explícita de proteção dos direitos, liberdades e garantias como limites materiais de revisão constitucional; e) Poder Constituinte e fidelidade à Lei Fundamental na interpretação constitucional; 5. Observações finais.

1. Introdução

O presente escrito pretende, no contexto de um projeto de investigação sobre direitos sociais (e como componente de uma monografia mais vasta em matéria de Teoria da Constituição que será em breve publicada), apreciar, criticamente, o contributo de uma sensibilidade doutrinal portuguesa que intenta equiparar, em relevo material e em regime de proteção, os direitos de liberdade e os direitos sociais, bem como demonstrar que estes últimos não seriam, efetivamente, qualificáveis como “direitos fracos”.

Embora a construção que sustenta a unidade dogmática entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais tenha despontado em Portugal em momento anterior à crise financeira internacional de 2008 e ao pedido de resgate do Governo socialista Português aos credores internacionais, ocorrido em 2011, foi sobretudo no período posterior a esta data que o impacto da mesma tese se tornou mais incisivo. Isto porque a causa imediata da revalorização do discurso da equiparação material entre direitos fundamentais radicou nas medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores e direitos sociais, constantes do memorando assinado pelo Estado com os credores e que o Executivo de centro-direita que assumiu funções em 2011 teve o ónus de implantar, através de opções

de política legislativa técnica e juridicamente controvertidas.

Desde o ano de 2012, uma multiplicidade de decisões de inconstitucionalidade, uma boa parte delas com origem na Presidência da República, abateu-se sobre reformas do Governo que restringiram direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores e direitos sociais, afetando, o impacto dos juízos de invalidez do Tribunal Constitucional, até Julho de 2014, uma parte muito significativa do valor do corte na despesa que este programara.

Que o Tribunal Constitucional foi responsável pela defesa do conteúdo essencial de direitos fundamentais feridos por medidas legislativas, tão apressadamente concebidas como objetivamente inconstitucionais, e que essa defesa teve impacto imediato no nível de vida de muitos cidadãos, não parece haver dúvidas. O que importa, contudo, para o presente texto, aferir é se a defesa dos direitos sociais vulnerados ficou devedora da novel construção doutrinal da indivisibilidade entre direitos de liberdade e direitos sociais.

2. A Tese Da Unidade Dogmática

Em contracorrente em relação à doutrina maioritária que diferencia, em relevo material e regime garantístico, os direitos, liberdades e garantias e os direitos sociais², fluiu um pensamento jurídico diverso que equiparou em valor os bens protegidos pelos dois tipos de direitos e estende, na quase totalidade, aos segundos, o regime constitucional de proteção dos primeiros, relativizando o que seria a aparente exclusividade desse regime e desvalorizando o acerto da decisão constituinte³.

Procuraremos, de imediato, abordar numa breve síntese os principais tópicos da argumentação esboçada por esta corrente.

2.1. Idêntica relevância material entre direitos de liberdade e direitos sociais

2. Cf. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 2001, pp. 178 ss, 191 ss. e Caps. VI e X.; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV, Coimbra, 2012, pp. 171 ss., Cap. III e Cap. IV; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., Coimbra, 2005, pp. 1395 ss. e Cap. III, IV e V, do Título III; e JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, II, Coimbra, 2006, pp. 198 ss.

3. Assim, num entendimento precursor, cf. ANDRÉ SALGADO MATOS, *O Direito ao Ensino – Contributo para uma dogmática unitária dos direitos fundamentais*, Relatório de Mestrado na FDUL, 1998, p. 7. Como obra de referência onde este posicionamento é exaustivamente defendido, cf. REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, Coimbra, 2010 (no desenvolvimento de posições anteriores como *As Restrições a Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2003, pp. 125 e ss. e “Direito, Liberdade e Garantia: uma noção imprestável na justiça administrativa?”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 73, 2009, pp. 229 e ss.). Também na mesma linha, com modulações, cf. VASCO PEREIRA DA SILVA, *A Cultura a Que Tenho Direito – Direitos fundamentais e cultura*, Coimbra, 2007; e ISABEL MOREIRA, *A Solução dos Direitos, Liberdades e Garantias e dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais na Constituição Portuguesa*, Coimbra, 2007.

Para os defensores da tese da indivisibilidade, as diferenças entre direitos de liberdade e direitos sociais, podendo decorrer de uma estrutura diversiforme das respetivas normas, não se fundariam, contudo, numa distinta relevância substancial entre os bens protegidos, considerando mesmo ter havido uma falha de racionalidade do poder constituinte⁴, a partir do momento em que este optou por uma diferenciação sistemática, formal e orgânica entre os dois tipos de direitos.

Uns e outros deveriam a sua natureza jus-fundamental, ao facto de os respetivos bens jurídicos protegidos possuírem relevo constitucional pelo que, como posições jurídicas reconhecidas às pessoas para serem feitas valer frente aos poderes públicos e a terceiros, constituiriam expressão jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento basilar da República Portuguesa como Estado de direito [artigo 1º da Constituição da República Portuguesa (doravante “CRP”)].

Sendo, igualmente, uns e outros, direitos fundamentais, não haveria razões evidentes para conferir a uma dessas categorias, os direitos, liberdades e garantias, uma supremacia material e axiológica sobre os direitos sociais, já que concorreriam, de igual modo, para a valorização e proteção da pessoa humana.

2.2. A exigibilidade de prestações financeiras do Estado

Os defensores da unidade dogmática entre direitos rejeitam o entendimento doutrinário tradicional segundo o qual, os direitos, liberdades e garantias seriam direitos puramente negativos (ou seja, defensivos) enquanto os direitos sociais seriam direitos positivos (direitos a prestações, na medida em que exigiriam condições jurídicas e, sobretudo, financeiras e materiais para a concretização dessas mesmas prestações). Dessa diferente natureza, a doutrina maioritária retiraria o entendimento de que, enquanto os primeiros seriam direta e imediatamente invocáveis a partir da Constituição, sem dependerem de condições financeiras, já os direitos sociais estariam dependentes, não só de condições jurídicas, mas também de prestações financeiras relevantes e, assim, a sua efetivação estaria condicionada pela disponibilidade financeira do Estado, ou seja, pela reserva do financeiramente possível.

Considera a tese da indivisibilidade, diversamente, que todos os direitos fundamentais envolvem custos financeiros (não havendo, assim, para o erário público, “direitos grátis”). O condicionamento financeiro que inere à reserva do possível não constituiria um atributo singular dos direitos sociais, já que também se aplicaria a muitos direitos, liberdades e garantias. E exemplifica com as despesas com as forças policiais e o sistema de justiça que garantiriam os direitos à vida, integridade física, liberdade, propriedade e múltiplos direitos de personalidade. O mesmo sucederia, no plano dos direitos políticos, com as despesas com os atos eleitorais e o funcionamento de órgãos, como a Comissão Nacional de Eleições. Por conseguinte, não apenas os direitos de

4. Cf. REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, p. 349.

liberdade exigiriam prestações financeiras, mas não haveria, igualmente, uma inesgotabilidade de dinheiros públicos para assegurar as prestações destinadas a viabilizá-los. Por exemplo, reformas vultuosas com o judiciário teriam tido de ser, frequentemente, adiadas. Nestes termos, todos os direitos fundamentais reclamariam, prestações financeiras e a todos se aplicaria, eventualmente em medidas diversas, a reserva do possível⁵.

2.3. O “status” de direito subjetivo não seria um atributo exclusivo dos direitos de liberdade

Os defensores da unidade dogmática consideram que os direitos fundamentais sociais deteriam uma relevante dimensão subjetiva, na medida em que os cidadãos, seus titulares, teriam direito à pretensão de uma certa conduta dos poderes públicos em lhes assegurar (seja a título individual seja inseridos num grupo ou categoria) determinados benefícios ou prestações individualizáveis.

A subjetividade dos direitos sociais seria configurável, assimetricamente, em duas dimensões: a dimensão defensiva ou negativa, a qual seria tendencialmente plena e a dimensão positiva que dependeria do legislador ordinário dado que se estaria perante um direito tributário da reserva das disponibilidades financeiras do Estado.

Ora, na medida em que a lei ordinária defina ou configure com detalhe o conteúdo de um direito social, este passaria a ser imediatamente exigível e passível de fruição individual, assumindo-se como um direito subjetivo. A dimensão positiva da subjetividade do direito alcançaria um sentido pleno com a conexão entre a norma constitucional e a lei que a concretiza e torna exequível.

Assim, os direitos a prestações regidos por uma lei que permita o gozo imediato do direito não seriam catalogáveis como direitos subjetivos autónomos (separáveis de direitos sociais originários e insuscetíveis de aplicação direta e, por isso mesmo de natureza não subjetiva). E não seriam porque existiria uma relação de conexão necessária entre as normas constitucionais que enunciam o direito social e as leis que as concretizariam numa posição de dependência. O legislador cumpriria, por consequência, a Constituição e concretizaria o direito social no respeito pela reserva do possível.

Nestes termos, os direitos sociais viveriam “*nos direitos a prestações concretizados na lei*”⁶ que seriam o corpo e dimensão operativa da sua subjetividade positiva.

2.4. Escassa relevância do critério de sistematização constitucional entre direitos liberdades e garantias e direitos sociais

Aduz o entendimento em escrutínio que a intenção do poder constituinte, em conferir tratamento privilegiado aos direitos de liberdade, embateria na lógica

5. Nesta linha, num discurso cauteloso, REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, pp. 95 ss.

6. Cf. REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, p. 178.

das coisas, logo à partida porque a diferenciação dos mesmos em relação aos direitos sociais ficaria sustentada numa realidade tão precária e artificial como a sistematização dos referidos direitos na Constituição.

Tendo refletido uma matriz ocidental de sistematização de direitos fundamentais num contexto político conturbado que rodeou, durante a Revolução, a feitura da Lei Fundamental, o constituinte teria, ele próprio, consciencializado que a sua opção singela de arrumar, para um lado e para outro de uma divisória, dois tipos de direitos era insatisfatória, na medida em que se encontravam catalogados como direitos sociais, direitos cuja natureza seria mais próxima dos direitos, liberdades e garantias. Para evitar erros derivados de sistematizações excessivamente rígidas, o artigo 17.º da CRP admitiu que o regime dos direitos, liberdades e garantias se aplicasse a outros direitos de natureza análoga dispersos por outros títulos da Constituição (como seria, de entre outros, o caso do Título II da Parte I relativo aos direitos sociais).

A circunstância de a jurisprudência constitucional e a doutrina terem reconhecido essa natureza análoga a direitos inseridos no Título II e de a revisão constitucional de 1982 ter operado um transbordo de alguns direitos sociais para o universo dos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores seria revelador da fragilidade dogmática da sistematização. Tanto mais que os critérios doutrinários de identificação dos direitos de natureza análoga nunca teriam sido consensuais.

Todos estes dados relativizariam o relevo jurídico da divisão sistemática como elemento distintivo da essencialidade dos referidos direitos, a qual não estaria presente em declarações de direitos mais modernas como a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

2.5. Ausência de consequências práticas na atribuição de um regime reforçado de proteção aos direitos liberdades e garantias radicado no artigo 18º e no artigo 288º da CRP

Para a sensibilidade doutrinal em estudo, a qualificação da fundamentalidade dos direitos sociais pela Constituição teria como consequência a existência de uma proteção jurídica reforçada.

Essa garantia reforçada em matéria de direitos fundamentais, mormente no que tange aos direitos sociais, seria confirmada pela sujeição dos poderes públicos aos grandes princípios estruturantes do sistema global de direitos fundamentais: seria o caso do princípio da constitucionalidade, do acesso ao direito e aos tribunais, da universalidade, da igualdade, e da proporcionalidade.

A aplicação destes princípios quer aos direitos de liberdade, quer aos direitos sociais, confirmaria que a proteção constitucional conferida aos segundos não seria sensivelmente mais fraca do que a que concede aos primeiros.

Ora, independentemente de o pensamento constitucional em apreciação considerar ter sido intenção da decisão constituinte proteger, privilegiadamente, os direitos, liberdades e garantias, mormente por força do artigo 18.º da CRP que

apenas lhes seria aplicável, o facto é que esses esforços teriam claudicado por razões de “impossibilidade lógica”⁷.

Assim, no plano das restrições, o princípio da proporcionalidade previsto no n.º 2 do artigo 18.º aplicar-se-ia também aos direitos sociais, dado constituir um enunciado axiomático estruturante do Estado de direito. O princípio da proteção da confiança, também deduzido do princípio do Estado de direito democrático (artigo 2.º da CRP) obstará à validade de leis retroativas que restringissem direitos sociais afetando interesses legítimos, facto que propiciaria uma garantia equivalente à proibição de restrições retroativas a direitos de liberdade. (n.º 3 do artigo 18.º da CRP); o princípio da igualdade vedaria leis singulares com efeito restritivo sobre direitos sociais, configurando-se como um mecanismo de proteção análogo à proibição e leis restritivas de direitos de liberdade que não sejam gerais e abstratas (n.º 3 do mesmo artigo). E finalmente não seria admissível que uma lei restritiva aniquilasse o conteúdo essencial de um direito social já que tal envolveria uma violação objetiva do conteúdo da norma constitucional que consagre o direito em causa.

No fundo, o regime de garantia no plano das restrições seria sensivelmente idêntico, pelo que, de acordo com algumas opiniões, seria possível estender a aplicação do regime dos n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º da CRP aos direitos sociais.

Finalmente, o facto de o artigo 288.º da CRP apenas garantir como limites materiais de revisão os direitos, liberdades e garantias teria pouco alcance já que, por força do triunfo da tese da dupla revisão constitucional inaugurada na revisão constitucional de 1989, e secundada pelas revisões de 1997 e 2004, se terá perspectivado já a possibilidade de, por via de revisão, se suprimirem direitos, liberdades e garantias ou reduzir o seu âmbito de proteção. O artigo 288º operaria, assim, no futuro, apenas como salvaguarda contra alterações radicais que afetem princípios reitores do Estado de direito, os quais tanto seriam suscetíveis de proteger direitos de liberdade como direitos sociais⁸.

2.6. Critérios constitucionais que fariam subsistir uma diferença de regimes

A tese da unidade entre direitos de liberdade e direitos sociais admite a existência de dois critérios constitucionais de diferenciação cujo relevo, contudo, relativiza.

a) Critério orgânico

A doutrina em apreciação reconhece que a inserção dos direitos, liberdades e garantias na reserva relativa de competência da Assembleia da República e a não inclusão dos direitos sociais na mesma reserva suscita dificuldades à construção da unidade dogmática: enquanto os primeiros só poderiam ser regidos ou restringidos por lei parlamentar ou decreto-lei autorizado os segundos poderiam ser regulados ou restringidos, não apenas por lei, mas por decreto-lei.

7. Cf. REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, p. 359.

8. Cf. REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, pp. 370 ss.

Ainda assim, refere que a prática da jurisprudência constitucional, dada a expressiva quantidade de diplomas governamentais não autorizados que dispõem colateralmente sobre direitos, liberdades e garantias, passou a entender que a reserva parlamentar apenas inclui a componente essencial do direito.

De todo o modo, esta doutrina considera que o único critério significativo de distinção do regime de direitos de liberdade e direitos sociais seria um critério orgânico e não um critério substancial, realidade que se defrontaria com o problema de haver num Estado democrático de direito uma divisão de competências para a regulação de dois tipos de direitos que careceria de uma base material justificante⁹.

b) O critério da aplicabilidade direta dos direitos, liberdade e garantias

Reconhece, igualmente, a doutrina em apreciação que o n.º 1 do artigo 18.º da CRP confere aos direitos, liberdades e garantias uma pretensão de aplicabilidade direta (e nalguns casos imediata) que os direitos sociais não possuiriam. Tratar-se-ia, contudo, não de um reforço da garantia dos direitos de liberdade, mas de uma característica própria da natureza destes direitos e da estrutura das suas normas¹⁰.

Ainda assim, esse elemento distintivo, preso à invocabilidade do direito a partir da norma constitucional, deveria ser relativizado por razões já aqui salientadas supra:

i) Todos os direitos fundamentais teriam aplicabilidade direta na sua dimensão negativa ou defensiva;

ii) Diversos direitos liberdades e garantias careceriam de norma legal para poderem ser imediatamente invocáveis em juízo, tal como sucede com os direitos sociais, pelo que, mais do que a previsão do n.º 1 do artigo 18.º da CRP, relevaria para o regime de efetivação, a estrutura deontológica e a pretensão de decidibilidade da norma constitucional, ou seja a sua aptidão auto-aplicativa ou, ao invés, a sua dependência de lei para se tornar exequível.

2.7. Supostos fatores de desvalorização dos direitos sociais

Haveria na ordem jurídica portuguesa um quadro deficitário de proteção de direitos sociais, o qual derivaria de várias causas, das quais se salienta três.

De acordo com a sensibilidade em apreciação, existiria na doutrina maioritária e na jurisprudência constitucional portuguesa uma influência superlativa e descontextualizada da doutrina e jurisprudência alemãs em matéria de direitos fundamentais. Descontextualizada porque a Constituição federal alemã de 1949 não incorpora direitos sociais, limitando-se a declarar uma cláusula do

9. Cf. REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, pp. 371-372.

10. Cf. REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, p. 366.

Estado social. Sem prejuízo de haver constituições dos estados federados que integram direitos sociais, parece evidente que a ordem constitucional alemã valorizaria inequivocamente os direitos de liberdade sobre os direitos sociais que seriam omitidos, no que concerne à sua individualização positivada, da Lei Fundamental. Ora esta realidade não seria aplicável, como base referencial, ao contexto da Constituição portuguesa de 1976 que positivou copiosamente no seu texto normativo, direitos económicos, sociais e culturais, dando-lhes uma relevância jurídico-positiva que a Constituição alemã lhes não outorga. Não seria, assim, correta uma leitura desviante do texto constitucional português à luz de uma ordem constitucional diversa que assentaria em pilares distintos¹¹.

O facto anteriormente exposto e o apelo a uma doutrina clássica e supostamente ultrapassada da teoria dos direitos fundamentais seriam, de entre outros, fatores centrais que poderiam explicar uma timidez excessiva do sistema de Justiça Constitucional na tutela dos direitos sociais.

Para além da circunstância de não se ter constitucionalizado o recurso de amparo, a Justiça Constitucional portuguesa seria marcada por um expressivo ou excessivo “*self-restraint*” do qual derivariam um défice de proteção de direitos sociais. O Tribunal, sustentado numa jurisprudência rígida, raramente julgaria a inconstitucionalidade de direitos sociais ofendidos diretamente pelo legislador com exceção de um conjunto limitado de situações de escassa ocorrência. O recente julgamento de inconstitucionalidade da Lei da convergência de pensões seria saudado como uma involução nessa timidez¹².

Finalmente, o legislador ordinário e certa jurisprudência dos tribunais comuns seguiriam, o entendimento da doutrina clássica e contribuiriam para um défice de proteção dos direitos sociais, esquecendo-os, em sede de contencioso administrativo.

3. Apreciação Crítica Da Tese Da Unidade Dogmática

3.1. Apontamento sobre a estratégia argumentativa e retórica da construção examinada

A conceção da indivisibilidade entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais na Constituição portuguesa não logrou prosperar na jurisprudência do Tribunal Constitucional, seduzir o legislador ou assentar arraiais na componente maioritária da doutrina de referência. A redução drástica de prestações de ordem social operada em Portugal e outros Estados da Europa antes e após a crise financeira internacional de 2008 e o Programa de Assistência Económica e Financeira de 2011 (doravante “PAEF”), no nosso País, abalou decisivamente utopias e mitos constitucionais sobre direitos consolidados e posições adquiridas, se bem que tenha, igualmente desenganado os que supunham que a

11. Cf. REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, pp. 83 ss.

12. Cf. REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, pp. 374 ss.

exceção financeira suspenderia a Constituição social, reduzida a mínimos e até a patamares situados abaixo desses mínimos.

A doutrina que ora se aprecia, para além dos seus argumentos jurídico, utiliza hábeis estratégias retóricas para desvalorizar as correntes maioritárias defensoras do primado dos direitos de liberdade, tendo por desiderato forçar uma alteração, passo a passo, do pensamento jurídico dominante sobre a matéria, a partir de uma alteração gradual da jurisprudência do Tribunal Constitucional.

O primeiro argumento é o de forma: para o pensamento em análise, a tese do primado dos direitos de liberdade não teria fundamento material, nem axiológico nem racional, reconduzindo-se a uma espécie de decisionismo constituinte pretextuoso, assente em critérios sistemáticos artificiais e critérios orgânico-formais que não resistiriam à lógica e à prática.

O segundo é da obsolescência: o carácter ultrapassado ou anquilosado da solução constitucional do artigo 18º teria resultado da sua importação indevida feita a partir de um ordenamento que não constitucionalizou direitos sociais (a Alemanha. Semelhante opção não teria arrimo nas novas declarações de direitos (Carta Europeia de Direitos Fundamentais) nem nas construções doutrinárias mais modernas com seguimento jurisdicional (União Indiana, África do Sul, Brasil e Colômbia).

O terceiro envolve alguma dramatização emotiva do discurso: i) em Portugal a luta da unidade dogmática seria uma espécie de combate desigual entre David e Golias; ii) denuncia o que seria um défice crónico de defesa dos direitos fundamentais; iii) e, sobretudo, o Tribunal Constitucional, tornado um alvo preferencial, ora é desvalorizado pela sua timidez, ora elogiado com parcimónia quando se aproximaria, indireta e pontualmente, daquilo que seria a via justa.

Não nos deteremos sobre este tipo de retórica, demasiado adjetiva e leve para poder provar alguma coisa. Cumpre, sim, abordar a argumentação substantiva.

3.2. Os argumentos jurídicos em debate

a) O primado substancial dos direitos, liberdades e garantias

A premissa medular da tese que sustenta a indivisibilidade material entre direitos fundamentais radica no idêntico peso, no plano axiológico e substancial, entre direitos de liberdade e direitos sociais.

A jusfundamentalidade dos dois tipos de direitos carece, contudo, de ser dogmaticamente situada.

O facto de os direitos sociais a prestações serem fundamentais decorre da circunstância de lhes ter sido conferida dignidade constitucional expressa e de lhes ser assegurada uma proteção jurisdicional. Só que, a constitucionalização dos direitos sociais prestacionais não significa: i) que os mesmos relevem da mesma forma que os direitos de liberdade para a dignidade da pessoa humana, tal como

esta é desenhada na Constituição; ii) que ocupem idêntico grau de importância nas tarefas constitucionais do Estado de direito democrático; iii) e que lhes seja concedida uma equiparação no plano das garantias políticas e contenciosas em relação a outros direitos também qualificados como fundamentais.

Os direitos sociais são fundamentais porque estando garantidos na Constituição, o legislador ordinário não os pode suprimir e porque o mesmo decisor se encontra investido em certas obrigações quanto à sua efetivação, realidade que não é aplicável em igual medida a direitos, mesmo de natureza subjetiva, que se encontram apenas consagrados na lei.

As razões históricas de um regime diferencial, que os defensores da unidade dogmática desvalorizam, podem não ser decisivas mas são, ainda assim, relevantes. O processo constituinte de 1975-1976 foi um processo revolucionário que poderia ter gerado a criação de uma Constituição autoritária de raiz marxista, caso tivesse prevalecido a Iª Plataforma de entendimento MFA/Partidos, um modelo constitucional imposto pela vanguarda militar revolucionária que autocraticamente dirigia o País, aos partidos políticos do sistema (ou seja, os partidos não ilegalizados ou não proscritos de concorrer a eleições entre 28 de Setembro de 1974 e 20 de Março de 1975).

As formações do chamado “arco democrático” (CDS, PSD e PS) acordaram um modelo de matriz ocidental de garantia de direitos fundamentais, como forma de defesa do Estado democrático contra um Estado revolucionário que com ele coexistia: os direitos de liberdade precederiam os direitos sociais (como em todas as constituições da família europeia ocidental); seriam valorizados no seu regime aplicativo na lógica da Constituição alemã; e a cláusula aberta do regime do nº 1 do artigo 16º da CRP garantiria que os direitos de liberdade (ameaçados pelas derivas marxistas da revolução) seriam interpretados e integrados à luz da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que foi constitucionalizada por receção.

Havia, nesses tempos, que optar pela liberdade e pela democracia e consagrar mecanismos de reforço dessa opção na Lei Fundamental. Tal foi a vontade inequívoca do constituinte em favor de um maior peso dado aos direitos de liberdade.

Dir-se-á que, no tempo presente, com a consolidação da democracia, esse argumento perde efetividade.

Entendemos, ao invés, que precisamente no tempo presente todas as cautelas constitucionais são poucas. Isto porque o arrastamento da situação de crise financeira e social pode ser causa de um grave fenómeno de agitação social e até de potencial violência, num cenário sociopolítico em que segmentos geracionais mais novos e mais velhos são crescentemente colocados à margem do sistema político e social. Porque certos militares que fizeram a revolução defenderam, retoricamente ou não, no período 2013-2014 que seria necessário

uma segunda revolução¹³. Porque no continente europeu o precedente de derrube de governos democráticos na rua, como na Ucrânia em 2014, associado a formas de democracia autoritária na Hungria, demonstram que a garantia das liberdades democráticas constitui um valor primacial nunca definitivamente adquirido e reclamam que a decisão do constituinte se mantenha, perante doutrinas que as procurem desvalorizar em face de outros direitos não medulares para a sustentação do Estado de direito democrático.

O primado dos direitos de liberdade sobre os direitos sociais é, mais do que tudo, uma questão existencial do Estado de direito democrático, porque sem direitos, liberdades e garantias constitucionalmente reconhecidos e garantidos não há Estado de Direito nem democracia política. Já o inverso não sucede pois os direitos sociais constitucionalizados não são pressuposto necessário de um Estado de direito democrático, tal como demonstram as Constituições norte-americana, britânica e alemã que os não consagram.

É a essência do Estado de direito democrático e a dimensão de autodeterminação individual que constitui o âmago da dignidade humana que confere aos direitos liberdades e garantias mais peso axiológico e o título de direitos “mais fortes”. As considerações formuladas não retiram aos direitos sociais a natureza de direitos fundamentais, na medida em que se encontram constitucionalizados e são justicáveis pelos tribunais. Só que, sendo os direitos sociais e os direitos de liberdade direitos fundamentais, haverá uns que são mais fundamentais do que outros. E o regime jurídico de proteção dos direitos, liberdades e garantias reflete esse mesmo primado.

b) A diferença qualitativa e quantitativa das obrigações prestacionais do Estado na esfera dos direitos de liberdade e dos direitos sociais

É certo que, como defendem STEPHEN HOLMES e CASS SUNSTEIN¹⁴, todos os direitos envolvem prestações financeiras e os direitos civis e políticos envolvem custos que implicam atuações positivas do Estado na sua defesa (mormente através dos sistemas de segurança, justiça e outros serviços administrativos). O direito de petição ao Provedor de Justiça envolve os custos administrativos com o funcionamento desse órgão independente, assim como o direito de sufrágio implica a montagem de um sistema eleitoral (o qual implica custos com uma Comissão Nacional de Eleições, propaganda oficial, mesas, funcionários e material eleitoral).

Existem, porém, diferenças muito expressivas, de ordem quantitativa e

13. Em entrevista à Lusa, divulgada a 17 de outubro de 2012, o Coronel na reserva Otelio Saraiva de Carvalho, que concebeu as operações militares de 25 de Abril de 1974, declarou: “É preciso uma nova Revolução (...) e ninguém pensa que a evolução para essa revolução possa ser pacífica”. E acrescentou: “Tal como disse em novembro do ano passado, com 800 homens eu fazia uma operação militar e mudava o regime”. Já em 6 de Março de 2013 em declarações à TSF, o Coronel na reserva Vasco Lourenço, Presidente da associação 25 de Abril, precisou que “se houvesse condições, já estava a preparar outro 25 de abril”.

14. Cf. STEPHEN HOLMES/CASS SUNSTEIN, *The Cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes*, New York, 2000, pp. 77 ss.

qualitativa, no que respeita à efetivação dos direitos de liberdade e dos direitos sociais.

No plano quantitativo, basta uma análise de qualquer Orçamento de Estado dos últimos anos em Portugal para nos apercebermos que os direitos sociais prestacionais envolvem custos incomparavelmente maiores do que os que se incorporam, diluidamente, em sede de garantia de direitos de liberdade e nos encargos com a administração pública, segurança e justiça.

No plano qualitativo, observa-se que os sistemas de segurança e justiça, já para não aludir à administração pública, servem fins ou tarefas do Estado que vão muito para além da defesa de direitos de liberdade, pelo que não é possível discriminar dentro das respetivas despesas, os custos específicos com a proteção desses direitos.

Por exemplo, os custos com o funcionamento da justiça, mormente com os tribunais, envolvem tanto a defesa de interesses públicos não conexos a direitos (Estado, Regiões e Municípios) como todo o tipo de direitos e interesses legalmente protegidos, fundamentais e não fundamentais (que são maioritários), e, dentro dos direitos fundamentais, asseguram proteção tanto aos direitos de liberdade como aos próprios direitos sociais.

Os custos com a segurança pública e a defesa nacional, embora tenham como escopo proteger os cidadãos e os seus direitos, projetam-se para além destes já que visam proteger a segurança nacional e a integridade territorial da República. E os custos com eleições são indispensáveis para a garantia do sistema democrático.

No fundo, os custos com os fins da segurança, justiça e eleições são custos institucionais ou de soberania que são indispensáveis para o exercício das atividades primárias do Estado de direito democrático. Não é, assim, possível comparar qualitativamente custos existenciais e de funcionamento do Estado com as suas instituições, sem os quais mesmo o Estado não é viável, com custos relativos a tarefas de bem-estar que o Estado presta ou não, em razão dos objetivos constitucionais que lhe forem fixados e de acordo com as disponibilidades financeiras.

Contrariamente à redução de despesas com os direitos sociais, em estado de necessidade financeira agravado, não podem essas despesas institucionais (onde a par de muitos outros objetivos se garantem direitos de liberdade) *ser reduzidas a mínimos ou mínimos existenciais*. Isto porque um Estado que por razões financeiras reduza o funcionamento dos tribunais e das forças policiais a mínimos é um Estado falhado ou um Estado não soberano, tão pouco podendo um Estado democrático subsistir com o cancelamento ou adiamento de eleições por falta de recursos.

Em síntese, os sobreditos custos institucionais com o Estado de Direito e, neles, com os direitos, liberdades e garantias que o pressupõem, são custos existenciais de um Estado democrático viável e soberano, sendo, assim, qualitativamente distintos dos custos com direitos sociais que variam em razão quer do modelo de

Estado (cuja arquitetura depende da decisão democrática do poder constituinte), quer das políticas públicas do legislador democrático.

c) Reservas sobre a dimensão subjetiva dos direitos sociais a prestações constantes da Constituição

O *direito subjetivo* é definido como uma posição jurídica ativa consagrada numa norma jurídica portadora de um elevado grau de determinabilidade ou decidibilidade, o que permite ao seu titular desfrutá-la em termos imediatos ou exigir judicialmente que seja assegurado esse mesmo desfrute¹⁵. A referida determinabilidade normativa do direito subjetivo envolve, em regra, a identificação objetiva do titular do direito, o seu objeto (o bem jurídico protegido), o seu conteúdo (faculdade de agir e obrigações específicas dos poderes públicos ou de terceiros de forma a proporcionar o gozo do direito) e a sua efetiva justiciabilidade junto dos tribunais.

Sucedem que os direitos sociais a prestações (como o direito à saúde, segurança social, educação ou habitação) estão contidas em normas de viés programático cujo conteúdo morfológico, no que concerne à sua dimensão positiva, não alcança o grau de determinabilidade das normas que consagram direitos subjetivos¹⁶.

Não basta o enunciado do n.º 1 do artigo 63.º da CRP (“todos têm direito à segurança social”) para que dele se extraia o entendimento de que qualquer cidadão pode exigir, da administração, sem mais, um rendimento social de inserção ou uma pensão de reforma. Isto porque o n.º 2, conjugado com o n.º 3 do mesmo artigo atribui ao Estado a tarefa de “organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social unificado e descentralizado” para a proteção dos cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez, orfandade, desemprego e diminuição de condições de subsistência.

São os poderes legislativo e executivo através da lei, de uma dotação orçamental e de um sistema gestório que irão definir a titularidade do direito, o seu objeto, modo de exercício e sistema de proteção, só podendo a posição ativa correspondente ser desfrutável depois de verificada essa definição.

Como adverte GOMES CANOTILHO¹⁷ “os efeitos perversos derivados da aproximação absolutista ao significado jurídico dos direitos sociais (...)” que consistiria em confiar numa simples atribuição de significado aos enunciados linguísticos das normas para “deduzir a efetividade dos mesmos direitos”, levaria a resultados que não seriam “razoáveis” ou “racionais”. Assim “dizer que o «direito a ter casa» e o «direito a ter e estar na universidade» são dimensões do mínimo social

15. Sobre isto, entre outros, cf. JORGE MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 73 ss.; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 1254.; VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos*, pp. 162 ss.

16. Sobre as normas de cariz programático, cf., entre outros, JORGE MIRANDA, *Manual*, II, pp. 298 ss.; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 1176-1177; JORGE PEREIRA DA SILVA, *Dever de Legislar e Proteção Contra Omissões Legislativas*, Lisboa, 2003, p. 30.

17. Cf. GOMES CANOTILHO, “A Metodologia Fuzzy e Camaleões Normativos na Problemática Atual dos Direitos económicos, Sociais e Culturais”, in GOMES CANOTILHO, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2004, pp. 104 ss.

postulado pela dignidade da pessoa humana (...) só pode ter como consequência a capitulação da validade das normas constitucionais perante a facticidade económico-social”.

Verifica-se, por conseguinte, que as normas constitucionais consagradoras de direitos sociais a prestações não possuem, por natureza, a determinabilidade necessária em termos de identificação dos titulares e do conteúdo da obrigação prestacional a cargo do Estado para consagrarem, “a se”, direitos subjetivos, já que essa indeterminação veda o desfrute imediato do direito a partir desses enunciados normativos. São normas-princípio ou normas-standard que apontam fins e consagram vínculos ao Estado para que este aja normativa e financeiramente na criação de condições para a fruição de direitos a prestações, mas que lhe deixam uma liberdade de conformação vasta para estabelecer as condições e o tempo do desfrute, à luz das suas legítimas opções políticas e da reserva do financeiramente possível.

Alguns autores consideram que os direitos sociais fundamentais a prestações, pese o facto de não serem diretamente aplicáveis, se conectam necessária e indissociavelmente com as leis que os concretizam¹⁸.

Verifica-se, no entanto, que norma constitucional e lei ordinária são realidades autónomas ou separáveis na realização dos direitos sociais, tanto mais que a lei ordinária, que concretiza o direito, pode nunca ser emitida e, conseqüentemente, o direito pode nunca ser efetivado. Isto significa que quando existe lei e um sistema gestor que execute as suas previsões, o direito social passa a ser desfrutável e, por consequência, existirá direito subjetivo. Se assim sucede, então haverá que reconhecer que o mesmo direito se forma fundamentalmente a partir da lei ordinária, e apenas com base nessa lei pode ser justificável pois se esta não for cumprida pela administração, cabe aos tribunais assegurar o seu cumprimento impondo a prática do ato devido. Coisa que não sucede em Portugal, tomando como único parâmetro a norma constitucional. É, no fundo, o legislador ordinário, embora vinculado à Constituição, que cria o direito subjetivo social e, caso se abstenha de proceder à sua efetivação, desse facto não decorrerá qualquer sanção.

Por outro lado, nos Estados onde os direitos sociais não se encontrem constitucionalizados (vide Reino Unido ou na Alemanha, a nível Federal) os mesmos podem e são criados, apenas, por via legislativa, podendo essas mesmas leis, quando acompanhadas por sistemas gestores, consagrar verdadeiros direitos sociais subjetivos a prestações. O que comprova que o direito subjetivo social a prestações brota da lei ordinária, prescindido de prévia imposição constitucional.

Não é, deste modo, a constitucionalização de direitos sociais prestacionais que cria, em sentido próprio, um direito subjetivo às mesmas prestações, mas sim a lei. Os enunciados constitucionais nessa matéria são mandatos que têm como destinatário o legislador que lhes dará consecução na medida do financeiramente

18. Neste sentido, cf., por último e a título de exemplo, REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, pp. 155 ss.

possível.

d) A relevância efetiva do regime constitucional privilegiado de defesa dos direitos, liberdades e garantias

i) Especialidades reforçadas em sede de restrição de direitos de liberdade

Acresce ao que ficou dito que a tese da indivisibilidade dos direitos fundamentais no que toca à aplicação aos direitos de liberdade e aos direitos sociais dos princípios estruturantes do sistema de direitos fundamentais na Constituição portuguesa (como a igualdade, proporcionalidade, proteção da confiança e acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva) reduziria a relevância real do regime privilegiado de proteção que o artigo 18.º da CRP apenas concederia aos direitos de liberdade, sendo a intenção do constituinte, relativizada pela natureza das coisas¹⁹.

É certo que a larga maioria dos princípios referidos se aplicam às duas categorias de direitos e que os mesmos logram atenuar, nalguns casos, diferenças mais agudas no respetivo regime de proteção. A questão central é, todavia, outra: na medida em que todos os princípios estruturantes projetem a sua força sobre as duas categorias de direitos, será que essa aplicação envolve um nível de proteção tão intenso na esfera dos direitos sociais como aquele que decorre das garantias oferecidas pelo artigo 18.º da CRP aos direitos de liberdade?

A *primeira questão* a elucidar é a de saber se todos os mencionados princípios são aplicáveis autonomamente. E a resposta é afirmativa, com uma exceção (controversa e duvidosa) que é a do princípio da proporcionalidade. Na verdade, pese existir uma intenção em reconduzir este princípio ao axioma do Estado de direito democrático, como sucede com o princípio da tutela da confiança, o facto é que, contrariamente a este último que não é individualizado na Lei Fundamental, o princípio da proporcionalidade surge referido em vários preceitos constitucionais (nomeadamente, no n.º 2 do artigo 18.º da CRP, n.º 4 do artigo 19.º, e n.º 2 do artigo 266.º da CRP)²⁰. Tal significa que o legislador constitucional precisou os domínios onde pretendeu que o mesmo operasse autonomamente já que se trata de um princípio que envolve medidas de valor (como a “aptidão”, a eficácia, “justa medida” e maior “peso” axiológico) mais permeáveis a juízos políticos ou filosóficos que, vertendo sobre leis, podem resvalar para questionamentos do próprio mérito das soluções ditadas pela liberdade de conformação do legislador democrático. Por alguma razão, autores como SCHLINK²¹ e BÖCKENFÖRDE²²

19. Defendendo esta aplicação, cf. REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, pp. 362 ss. Entendendo que os direitos sociais não gozam de um regime específico de garantia, ao invés do que sucede com os direitos de liberdade, cf. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*, 2.ª ed., Cascais, 2011, pp. 157 ss.

20. Cf. VITALINO CANAS, “O princípio da proibição do excesso na Constituição: Arqueologia e aplicações”, in JORGE MIRANDA (org.), *Perspectivas Constitucionais*, II, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pp. 345 ss.

21 Cf. BERNHARD SCHLINK, “Freiheit durch Eingriffsabwehr-Rekonstruktion der Klassischen Grundrechtsfunktion”, in *EuGRZ*, 1984, p. 462.

22 Cf. ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, “Vier Thesen zur Kommunitarismus-Debatte”,

defendem a supressão do critério da proporcionalidade em sentido estrito, que não é um padrão seguro de racionalidade, já que, sem fórmulas claras de peso, ele redonda numa valoração política legitimada por decisão jurisdicional. E NOGUEIRA DE BRITO questiona o próprio critério da necessidade desacompanhado de uma fundamentação de evidência, quanto à existência efetiva de uma opção normativa alternativa igualmente eficaz e menos sacrificial para os direitos restringidos²³.

Se poderá fazer sentido que a proporcionalidade opere individualmente como limite à restrição ou suspensão de direitos de liberdade ou em face da discricionariedade da administração, já é questionável que o mesmo suceda com políticas públicas que envolvam direitos sociais a prestações. Direitos onde a reserva do financeiramente possível confere uma liberdade natural de valoração ao legislador que pode ser comprometida pela valoração discricionária do juiz, mediante critérios mais políticos ou técnicos do que jurídicos, dotados de grande plasticidade²⁴. Neste domínio prestacional radicado das necessidades e possibilidades do Estado, não é evidente que as opções maioritárias do Tribunal centradas em juízos de adequação ou balanceamento de interesses possam ou devam sobrelevar as opções maioritárias do legislador, salvo desproporção manifesta e consensual ou largamente admitida pelo Tribunal²⁵. Se a opção do legislador constitucional fosse o de generalizar a incidência do princípio da proporcionalidade à afetação de todos os direitos e condutas dos diversos poderes do Estado não optaria pela solução casuística que prevaleceu. Uma solução interpretativa contrária que absolutize o princípio, fazendo-o irradiar para todos as situações e condutas do Estado torna redundantes e inúteis as disposições constitucionais expressas que o convocam o que resulta ser inaceitável, pois o intérprete deve presumir que o legislador se pronunciou de forma correta.

Estas razões levaram o Tribunal Constitucional a, muito raramente, mobilizar autonomamente o princípio da proporcionalidade para a censura de restrições a direitos sociais²⁶. Fá-lo, sim, em associação com a igualdade e a proteção da

in Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart, Baden-Baden, 1999, p. 83.

23. Cf. “Medida e Intensidade do Controlo da Igualdade na Jurisprudência da Crise do Tribunal Constitucional”, in GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO e LUÍS PEREIRA COUTINHO (orgs.), *O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos*, Coimbra, 2014, p. 107 e ss. e 126 e ss.

24. Acerca da reserva do financeiramente possível, entre muitos outros, cf. GOMES CANOTILHO, “A Metodologia”, pp. 108 ss.; JORGE MIRANDA, *Manual*, pp. 483 ss.; REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, pp. 89 ss.

25. Recentemente, em sentido próximo, cf. MARIA LÚCIA AMARAL, voto de vencido ao Acórdão n.º 413/2014, de 30 de maio.

26. Dois arestos isolados são elencados por setores da doutrina (cf. REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, p. 390) para fundamentar um suposto início de viragem jurisprudencial no sentido da convocação autónoma do critério da proporcionalidade. Essa suposta viragem não é, no entanto, palpável. O Acórdão n.º 88/2004 que envolvia um direito social em matéria de pensões e implicava uma discriminação entre pessoas casadas e pessoas unidas de facto envolvia, a par da proporcionalidade, uma simultânea ofensa ao princípio da igualdade. Já o Acórdão n.º 67/2007 é um dos raros exemplos da convocação autónoma do princípio da proporcionalidade para censurar uma restrição tida como excessiva no exercício de um direito social. Tratou-se, contudo, de uma decisão que foi posteriormente revertida na sua orientação por um acórdão mais recente tirado em Plenário (cf. Acórdão n.º 221/2009).

confiança que são princípios de alcance geral e que integram uma dimensão de proporcionalidade²⁷.

Um exemplo desta última situação está presente no Acórdão n.º 862/2013, que declarou a inconstitucionalidade do novo regime de convergência de pensões com fundamento no princípio da proteção de confiança. No quadro da jurisprudência do Tribunal Constitucional, o referido princípio inclui, a título final, um teste de proporcionalidade entre legítimas expectativas sacrificadas dos cidadãos e o peso do interesse público como fundamento do sacrifício. Foi com base nesse teste de proporcionalidade estrita, à qual foi também associada, colateralmente, a inobservância do princípio da necessidade que respeitava à intensidade do sacrifício, que o juízo de inconstitucionalidade foi formulado.

Em síntese, em sede de restrição de direitos sociais, o princípio da proporcionalidade não deve no nosso entender operar autonomamente a partir da fórmula indeterminada do “Estado de direito” prevista no artigo 2.º da CRP, mas apenas em associação com outros princípios estruturantes. A medida de valor da proporcionalidade como critério autónomo deve ser inequivocamente convocada, por força do n.º 2 do artigo 18.º da CRP, sempre que se restrinjam direitos, liberdades e garantias, os quais incorporam, quanto a este ponto, uma garantia reforçada em face dos direitos sociais.

Quanto ao princípio da proteção de confiança (artigo 2.º da CRP), este aplica-se inequivocamente a medidas normativas de restrição aos direitos sociais. Contudo, o referido princípio não equivale, quanto ao nível de proteção que confere, à garantia de proibição de retroatividade de restrições a direitos, liberdades e garantias no n.º 3 do artigo 18.º da CRP. Esta proibição vale, de uma forma plena, para a retroatividade autêntica, sem prejuízo de, em caso de restrições com efeitos retrospectivos, as restrições a direitos de liberdade se submeterem, igualmente, ao crivo do princípio da proteção da confiança.

Já no caso dos direitos sociais, o princípio da tutela da confiança limita restrições

Mais recentemente, o Acórdão n.º 413/1014 o Tribunal, numa declaração de inconstitucionalidade sobre tributação de subsídios de desemprego e doença, fundou, surpreendentemente, a mesma decisão na violação de um critério de “razoabilidade”, que não é mais do que um “cavaleão normativo” na linguagem de GOMES CANOTILHO. Trata-se de uma fórmula espongiiforme que nunca tinha sido erigida a padrão autónomo de controlo (por ausência manifesta de conteúdo definido) e que o Tribunal extraiu do princípio da proporcionalidade como uma espécie de “cavaleiro negro” ou, se se quiser, *quarto sub-princípio*, tendo esta opção sido objeto de duras críticas na doutrina e virtualmente desconstruída, quanto à sua manifesta falta de propriedade como parâmetro jurídico “a se”, pelo voto de vencido de LÚCIA AMARAL.

27. Sobre a utilização conjunta da proporcionalidade com a igualdade, entre outros, cf. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, “Medida e intensidade do controlo da Igualdade na Jurisprudência da Crise do Tribunal Constitucional”, pp. 123 ss.; MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO/LUÍS PEREIRA COUTINHO, “A «igualdade proporcional», novo modelo do controlo do princípio da igualdade? Comentário ao Acórdão n.º 187/2013”, in *Revista Direito & Política*, n.º 4, Julho-Outubro, 2013, pp. 182 ss. No que toca à relação entre a segurança jurídica e a proporcionalidade, entre outros, cf. PAULO MOTA PINTO, “A Proteção da Confiança na ‘Jurisprudência da Crise’”, in *O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos*, Lisboa, 2014, pp. 173 ss.; REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Lisboa, 2004, pp. 261 ss.

retroativas ou com efeitos retrospectivos, mas a sua incidência, numa situação de retroatividade, não possui uma força garantística equivalente à que resulta de uma estrita regra de proibição do efeito retroativo de leis que afetem desfavoravelmente direitos, liberdades e garantias.

O princípio da proteção da confiança envolve testes de verificação de factos bem como juízos de ponderação, à luz do critério de proporcionalidade, que podem justificar restrições a direitos sociais com efeito retroativo (autêntico e inautêntico), em que o investimento de confiança do cidadão na estabilidade da lei e os direitos consolidados que daí decorrerem poderão ceder perante um interesse público qualificado, como o da própria sustentabilidade do sistema social a prestações que estiver em causa. Um exame à jurisprudência do Tribunal Constitucional em matéria de segurança social anterior ao Acórdão n.º 862/2013, de 19 de dezembro, permite anotar que esta foi particularmente condescendente com ações fortemente restritivas do legislador sobre o direito à segurança social, portadoras de efeitos retroativos impróprios ou retrospectivos²⁸. No Acórdão n.º 187/2013 sobre o Orçamento de Estado de 2013, o Tribunal Constitucional chegou a admitir, a propósito da CES, que apenas estava vinculado a garantir o conteúdo mínimo do direito dos cidadãos às suas pensões em pagamento e a aceitar, em tese, a redução para o futuro do valor das pensões em pagamento no contexto de uma reforma estrutural que garanta a sustentabilidade do sistema público de segurança social.

Este “favor legislatoris” da jurisprudência constitucional na aplicação do princípio da tutela da confiança em sede de restrição de direitos sociais deixa, inclusivamente antever a possibilidade de medidas restritivas com eficácia retroativa autêntica possam não ser julgadas inconstitucionais, na medida em que não envolvam sacrifícios acentuados, não coloquem em causa o mínimo existencial e se justifiquem objetivamente na sustentabilidade do sistema prestacional. Trata-se de algo que nunca poderia ocorrer em sede de afetação desfavorável de direitos de liberdade onde a proibição da retroatividade autêntica constitui um muro intransponível.

Existe, deste modo, um maior nível de proteção constitucional dos direitos de liberdade quanto a afetações com efeitos retroativos, na medida em que a regra proibitiva dessa retroatividade detém um elevado grau de determinação, diferentemente do que sucede com os direitos sociais, cuja defesa contra essa retroatividade fica dependente da operatividade de um princípio, suscetível de modulações várias e que envolve um teste final de proporcionalidade, centrado num juízo de ponderação, o qual consente soluções diversas e até antagónicas quanto à admissibilidade ou proibição dessa retroação restritiva.

Admite-se que o princípio da igualdade (artigo 13.º da CRP) veda restrições individuais e concretas a direitos sociais prestacionais, mas já não proíbe, necessariamente, restrições gerais aos referidos direitos sociais. Não seria

28. Cf., entre outros, o Acórdão n.º 353/2012, de 5 de julho; Acórdão n.º 3/2010, de 6 de janeiro; Acórdão n.º 188/2009, de 22 de abril; e Acórdão n.º 99/2004, de 11 de fevereiro.

possível, por exemplo, impor cortes drásticos a pensões mais elevadas de um espectro muito limitado, mas sem que os destinatários fossem passíveis de ser imediatamente identificáveis?

Finalmente, é certo que o princípio do acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva (artigo 20.º da CRP) se dirige tanto à proteção de direitos de liberdade como aos direitos sociais. Contudo, o n.º 5 do mesmo artigo prevê a edição de procedimentos judiciais prioritários e expeditos para a tutela de direitos, liberdades e garantias, não acolhendo idêntico instrumental de proteção para os direitos sociais. Sintomaticamente, o Código de Processo nos Tribunais Administrativos circunscreve processos de urgência de tutela de direitos fundamentais (intimação para a proteção de direitos, liberdades e garantias e providências cautelares provisórias) apenas para a salvaguarda dos direitos de liberdade. Verifica-se, por conseguinte, que o grau de efetividade da tutela jurisdicional assume caráter privilegiado em sede de direitos, liberdades e garantias por contraste com o que sucede com os direitos sociais.

ii) O relevo horizontal e vertical da reserva parlamentar de lei na esfera dos direitos, liberdades e garantias

A tese da indivisibilidade de direitos admite que a inclusão dos direitos, liberdades e garantias na reserva relativa de lei parlamentar conforma um elemento diferencial entre os dois tipos de direitos. Mas relativiza-o. Afirma que é um simples critério orgânico sem fundamento substancial²⁹.

Quanto a nós, parece ser um adquirido doutrinal o entendimento de que as matérias mais relevantes em razão da sua essencialidade política se integram na reserva legislativa parlamentar³⁰. Ora, precisamente, os direitos, liberdades e garantias (que conformam um dos dois pilares da Constituição material do Estado de direito), encontram-se inscritos na reserva relativa de competência da Assembleia da República, enquanto os direitos sociais se situam, em razão da matéria, quer dentro da mesma reserva quer na esfera concorrencial. Isto significa que enquanto os direitos de liberdade podem ser regidos por lei ou decreto-lei autorizado, muitos direitos sociais podem ser regulados quer por lei, quer por decreto-lei simples do Governo, quer por decretos legislativos regionais, quer ainda, em certos casos, por regulamentos independentes.

Poderia, ainda assim, atenuar-se este argumento de essencialidade política, sustentando-se que as bases gerais dos principais direitos sociais, mormente as do sistema de ensino, do sistema de segurança social e do serviço nacional de saúde integram a reserva parlamentar e, no primeiro caso citado, a própria reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia.

Todavia, subsiste um requisito diferencial relevante. É que os direitos, liberdades e garantias supõem uma reserva parlamentar de densificação total, ou seja, devem

29. Neste sentido, cf. REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, pp. 371 ss.

30. Assim, por exemplo, cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional, Tomo I, 2.ª ed.*, Coimbra, 2012, p. 434.

ser integralmente regulados no seu conteúdo essencial, modo de exercício e regime de proteção por leis da Assembleia da República ou decretos-leis autorizados, não sendo consentida a coexistência entre leis de bases parlamentares e decretos-lei de desenvolvimento. Tão pouco são admitidos decretos legislativos regionais autorizados. Já no caso das reservas parlamentares de bases dos direitos sociais à educação, saúde e segurança social, o Parlamento pode resumir a sua atuação a leis de princípios muito gerais, ou seja, a parâmetros indeterminados de conteúdo incompleto, sendo a disciplina mais relevante e portadora de eficácia intersubjetiva, que é a de detalhe, cometida à disponibilidade do Governo e das assembleias legislativas regionais³¹.

O elemento orgânico continua, deste modo, a firmar-se como um ponto de divisão entre as duas categorias de direitos, com uma conexão direta com a relevância substancial das matérias tratadas, a qual já foi justificada *supra* à luz da garantia existencial do Estado de direito democrático estribado numa sociedade livre e pluralista.

iii) O regime de aplicação direta dos direitos liberdades e garantias nas suas dimensões positiva e negativa

A construção favorável à indivisibilidade de direitos reconhece que o regime de aplicação direta dos direitos de liberdade é um elemento distintivo em relação aos direitos sociais, se bem que considere que o regime de aplicabilidade de uns e outros radica, essencialmente, na estrutura da norma (no sentido de esta poder ser ou não auto-aplicativa)³². Admite-se que este posicionamento colhe, no sentido de que a natureza das coisas leva a que só possam ter aplicação imediata, no plano positivo, normas cuja exequibilidade não dependa, nos termos definidos pela Constituição, de uma lei ordinária de concretização e essa dependência tanto pode operar em relação a direitos de liberdade, como em relação a direitos sociais.

É também certo que, na esfera negativa ou defensiva, direitos de liberdade e direitos sociais podem ser invocados diretamente.

Contudo existe uma diferença de regime aplicativo que vale a pena destacar.

No plano da sua realização positiva, **todos** os direitos sociais prestacionais que não tenham natureza análoga aos direitos de liberdade não têm aplicação direta já que as normas que os declaram não são exequíveis por si próprias. Já uma **parte significativa** dos direitos, liberdades e garantias constam de normas exequíveis por si próprias, portadoras de aplicação direta e imediata, nelas se incluindo princípios jurídicos cuja indeterminação não preclude a possibilidade de serem convocados diretamente em juízo.

Por outro lado, em sede do controlo de constitucionalidade por omissão, a doutrina

31. Sobre isto, entre tantos outros, cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed, I, Coimbra, 2013, pp. 341 ss.

32. Cf. REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, pp. 366 ss.

e a jurisprudência são muito mais severas sobre o juízo de desvalor relativo ao tempo exigível para a complementação legal de normas constitucionais que enunciem direitos de liberdades (já que as mesmas dependem, essencialmente, de condições jurídicas) do que em relação à concretização de normas que declaram direitos sociais (sempre sujeitos à “reserva de caixa” ou do financeiramente possível)³³.

No que concerne à sua dimensão negativa, o princípio da reserva do financeiramente possível faz esmaecer, em certa medida, a aplicabilidade direta dos direitos sociais prestacionais.

Essa relativização é feita pela própria jurisprudência constitucional que desvalorizou, em dois tempos, as cláusulas de gratuidade e gratuidade tendencial dos serviços públicos de saúde não julgando inconstitucional o aumento das taxas moderadoras, em claro esvaziamento da semântica do texto da Lei Fundamental³⁴.

O desvanecimento, paralelo, do princípio do retrocesso social debilita a componente defensiva dos direitos sociais³⁵. O Tribunal Constitucional deixou há muito de convocar esse princípio, o qual reconduz à salvaguarda do mínimo existencial e, quando julga a inconstitucionalidade de normas que ofendem esse mínimo, funda o seu juízo de censura no princípio da dignidade da pessoa humana e não na proibição do retrocesso³⁶. O mínimo existencial consome a proibição do retrocesso.

Em síntese, o regime da aplicabilidade direta dos direitos de liberdade ainda constitui um elemento diferencial relevante em relação aos direitos sociais, seja no plano defensivo ou no plano positivo.

iv) O alcance da cláusula explícita de proteção dos direitos, liberdades e garantias como limites materiais de revisão constitucional

Para a tese da unidade dogmática entre direitos fundamentais, a cláusula pétrea que envolve apenas os direitos de liberdade na alínea d) do artigo 288.º, e não os direitos sociais, deve ser mitigada porque o triunfo da tese da dupla revisão constitucional, em 1989, permitiria a supressão de direitos de liberdade^{37/38}.

33. A título ilustrativo, cf. JORGE MIRANDA, *Manual*, VI, p. 287.

34. Cf. Acórdão n.º 330/89, de 11 de abril; e Acórdão n.º 731/95, de 14 de dezembro.

35. Para uma resenha da doutrina nacional no que toca ao princípio do não retrocesso, cf. JORGE MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 485 ss. Sobre a sua duvidosa existência, cf., entre muitos outros, TIAGO FIDALGO DE FREITAS, “O princípio da proibição de não retrocesso social”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Vol. 2, Coimbra, 2006, pp. 783 ss.; REIS NOVAIS, *Os princípios*, pp. 300 ss.; VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos*, pp. 407 ss.; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 338 ss.; JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação*, II., pp. 290 ss.

36. Cf., a título de exemplo, Acórdão n.º 509/2002, de 19 de dezembro; cf., em geral, TIAGO FIDALGO DE FREITAS, “O princípio da proibição do retrocesso social”.

37. Assim, cf. REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, p. 371.

38. Desenvolvidamente sobre a tese da dupla revisão, cf. JORGE MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 209 ss.

Consideramos que os limites materiais não inibem uma sensível restrição ou drástica diminuição do âmbito de proteção a direitos de liberdade mediante ato de revisão constitucional (cf. alterações no n.º 4 do artigo 33.º sobre extradição pela Lei Constitucional n.º 1/2004, de 24 de julho, e o n.º 3 do artigo 34.º sobre inviolabilidade do domicílio, também por força da mesma lei constitucional).

É duvidoso contudo que, em dupla revisão, se possa suprimir em absoluto algum dos direitos de liberdade consagrados. De qualquer forma, essa supressão, mesmo que ocorra, encontra-se sujeita a fortes condicionamentos: direitos absolutos como os referidos no n.º 6 do artigo 19.º da CRP, direitos de personalidade que sejam eliminados sem substituição, direitos de liberdade que concorram para o exercício da democracia, as regras que conformam o regime garantístico dos direitos, liberdades e garantias com relevo para o artigo 18.º da CRP e os princípios estruturantes dos direitos fundamentais não podem ser suprimidos, já que a sua supressão envolveria uma alteração da identidade constitucional.

Já os direitos sociais não se encontram sujeitos à proteção dos limites materiais, podendo ser suprimidos mediante revisão constitucional.

Considera-se, ainda assim, que da identidade da Constituição faz parte uma cláusula de Estado social [cf. artigo 2.º e alíneas a) e d) do artigo 9.º da CRP] e esta supõe uma obrigação do Estado em assegurar, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial em sede de saúde, educação e segurança social para quem efetivamente careça das prestações que lhe correspondem. Trata-se de direitos jus-fundamentais primários que estiveram na génese do Estado social e do compromisso constitucional³⁹.

Assim, uma revisão constitucional poderia, em tese, abolir os princípios da gratuidade progressiva ou tendencial na saúde e educação, introduzir para valer no futuro *vouchers* no ensino e seguros de saúde privados ou públicos e privatizar o sistema de pensões. Não poderia, contudo, salvo melhor opinião, eliminar um sistema de saúde público para os mais necessitados, extirpar um sistema público de segurança social para os mais carenciados e cancelar apoios financeiros no ensino aos que não tenham condições financeiras de acesso aos estabelecimentos escolares. Aí depreciaria irremediavelmente o conteúdo essencial desses direitos, pois vulneraria diretamente o bem jurídico protegido, deixando as posições ativas correspondentes de ter qualquer conteúdo útil⁴⁰.

Sendo admissível a eliminação na Constituição de diversos direitos sociais e, sobretudo, das políticas públicas agregadas a esses direitos, diversamente do que sucede com a supressão de direitos de liberdade, será inconstitucional, por violação da identidade nuclear da Lei Fundamental, a eliminação das traves mestras do Estado social, operada através da ablação dos direitos fundamentais

39. Em sentido semelhante, GERARDO PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías – Elementos para una Reconstrucción*, Madrid, 2007, p. 86.

40. Acerca da tese do conteúdo essencial, entre muitos outros, cf. JORGE MIRANDA, *Manual*, IV, pp. 307 ss.; VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos*, pp. 293 ss.; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 454 ss.

à educação, saúde e segurança social. Trata-se de limites materiais implícitos de natureza intangível inseparáveis da existência do Estado social como componente da identidade da Constituição⁴¹.

e) Poder Constituinte e fidelidade à Lei Fundamental na interpretação constitucional

Como vimos, os defensores da indivisibilidade material e de regime entre direitos fundamentais questionam e criticam a lógica e a atualidade da opção do legislador constituinte.

Essa crítica é perfeitamente legítima no universo jurídico e político, tanto mais legítima quanto o facto de se estar perante uma Constituição gerada há quase quarenta anos, num ambiente revolucionário e portadora de soluções excessivamente divisionistas e intrusivas (como a constitucionalização de políticas públicas em matéria de direitos sociais) ou de disposições obsoletas e virtualmente caducas (como uma boa parte da Constituição económica). Não será, na nossa opinião, o caso do regime estruturante dos direitos de liberdade, que segue o paradigma das constituições europeias ocidentais. Sem embargo, todas as visões contrárias são admissíveis em sede de debate.

O que parece, sim, ser inadmissível, será a intenção de forçar, induzir e, mais recentemente, seduzir o Tribunal Constitucional a utilizar de forma desviante a via interpretativa para rever a Constituição através de um decisionismo jurisprudencial furtivo, o qual teria lugar se a jurisprudência acolhesse a tese da indivisibilidade entre direitos fundamentais. A doutrina que ora se aprecia e critica reconhece que foi a intenção do constituinte privilegiar os direitos, liberdades e garantias em face dos direitos sociais mediante um sistema reforçado de proteção⁴². Pretender que o Tribunal Constitucional diga o inverso e alargue todo ou parte desse regime aos direitos sociais significa uma *mutação constitucional de natureza informal*, ou seja, uma revisão constitucional operada fora do processo devido⁴³.

Interpretar evolutivamente a Constituição é adequar o sentido da norma à realidade do tempo presente, ajustá-la ao seu “ambiente normativo” (onde o contexto da necessidade financeira assume uma importância central) e descobrir a sua relação objetiva de significado, tomando como base o seu programa interpretativo (o qual resulta de uma dialética entre texto, elemento lógico-sistemático, elemento histórico e elemento finalístico). Sendo, para os teóricos da unidade dogmática, perfeitamente claro o sentido do programa normativo haverá que concluir que também deveria ser o contexto em que a interpretação se realiza no tempo presente: e esse contexto é o da reforma do Estado Social e

41. Cf. JORGE MIRANDA, *Manual*, IV, p. 404.

42. Cf. REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, pp. 358 ss.

43. Sobre a figura das mutações constitucionais, cf. BLANCO DE MORAIS, “As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um Acórdão controverso”, in *Jurismat. Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes*, n.º 3, Nov. 2013, pp. 55 ss.

da *capitis diminutio* substancial dos direitos sociais por imperativos financeiros, a qual é uma realidade incontornável desde a Holanda a Espanha, passando por Portugal⁴⁴.

Pretender que o Tribunal Constitucional ignore o programa normativo e a realidade jurídica e política inerente ao “ambiente normativo” ao qual se aplica e incentivar o juiz-intérprete a retorcer o enunciado normativo, à medida das pré-compreensões jurídicas ou até ideológicas que subjazem aos defensores da unidade dogmática, equivalerá a um apelo disfarçado a uma rutura constitucional cosmeticamente operada sob o austero manto da autoridade de um Tribunal Constitucional, investido na função de guardar a Lei Fundamental.

Mais: sendo inequivocamente o artigo 18.º da CRP um dos pilares axiais dos limites materiais à revisão em matéria de direitos fundamentais, a sua relativização ou liquefação por via interpretativa envolveria uma *mutação constitucional impura*, a qual atingiria um dos pontos identitários do compromisso constituinte e que é o regime privilegiado dos direitos de liberdade em face de outros direitos.

Tendo os defensores da unidade dogmática operado uma relativização tão expressiva do conteúdo e da força garantística do artigo 18.º, na medida em que o seu regime de proteção seria assegurado para todos os direitos pelos chamados “princípios estruturantes”, será de questionar a razão pela qual, por razões de congruência argumentativa, não sustentam a supressão do preceito, com fundamento na sua redundância. Na verdade nunca foram tão longe na medida em que essa supressão equivaleria, na consciência jurídica e política coletiva, a uma fraude à Constituição e a uma desfiguração da identidade da Lei fundamental.

4. Observações Finais

O Tribunal Constitucional, na jurisprudência recente vertida até julho de 2014, na qual julgou a inconstitucionalidade de normas violadoras de direitos, liberdades e garantias de trabalhadores, direitos sociais a prestações e direitos sociais de natureza análoga aos direitos de liberdade, demonstrou ser capaz de assegurar (nem sempre de forma incontroversa) a defesa de direitos, com relevo para os segundos, sem invocar em relação a estes o regime constitucionalmente previsto para os primeiros, mas antes tomando em (alguma) consideração a situação de emergência financeira do País e, simultaneamente, utilizando como parâmetros os princípios e regras fundamentais da Constituição positiva.

Numa palavra, assegurou, na sua perspetiva, a proteção eficaz desses direitos sem se ver obrigado a convocar a tese da unidade dogmática que, a ter

44. Acerca dos elementos da interpretação no prisma constitucional, cf., por exemplo, JORGE MIRANDA, *Manual de*, II, pp. 304 ss.; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 1215 ss.; JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “A Hermenêutica dos Direitos Humanos”, *O Discurso dos Direitos*, Coimbra, 2011, p. 214 ss.

ocorrido, abriria uma “caixa de Pandora” na legitimidade do mesmo Tribunal e no plano da abertura de uma via direta, democraticamente inaceitável, para a jurisdicionalização plena das políticas públicas.
