

ESTADO SOCIAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Jorge Miranda

Professor da Universidade de Lisboa e
da Universidade Católica Portuguesa.

I

1. Somente há direitos fundamentais quando o Estado e a pessoa, a autoridade e a liberdade se distinguem e até, em maior ou menor medida, se contrapõem. Mas — por isso mesmo — não podem apreender-se senão como realidades que se postulam reciprocamente, se condicionam, interferem uma com a outra.

Os fins do Estado, a organização do Estado, o exercício do poder, a limitação do poder são funções do modo de encarar a pessoa, a sua liberdade, as suas necessidades; assim como as aspirações e pretensões individuais, institucionais ou colectivas reconhecidas, os direitos e deveres da pessoa, a sua posição perante a sociedade e o Estado são funções do sentido que ele confere à sua autoridade, das normas que a regulam, dos meios de que dispõe.

2. São bem conhecidas quatro grandes diferenciações de sentido e alcance dos direitos das pessoas, as quais revertem em sucessivos períodos de formação¹.

A primeira consiste — adaptando a expressão célebre de **Benjamin**

¹ Sobre a história dos direitos fundamentais, v., entre tantos, **G. Jellinek**, "*Allgemeine Staatslehre*", trad. castelhana *Teoria General del Estado*. Buenos Aires, 1954, pp. 307 e segs.; **A. Esmein**, "*Éléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé*", 7ª ed., I, Paris, 1921, pp. 539 e segs.; **Carl Schmitt**, "*Verfassungslehre*", trad. castelhana *Teoria de la Constitución*. Madrid, 1934, pp. 182 e segs.; **Niyazi Yeltekin**, "*La nature juridique des droits de l'homme*", Lausana, 1950, pp. 65 e segs.; **Philippe de la Chappelle**, "*La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et le Catholicisme*", Paris, 1962, pp. 345 e segs.; **García Pelayo**, "*Derecho Constitucional Comparado*", 8ª ed., Madrid, 1967, pp. 144 e segs.; **Felice Battaglia**, "*Dichiarazione di Diritti*", in *Enciclopedia del Diritto*, XII, pp. 409 e segs.; **Otto Brunner**, "*Neue Wege der Verfassungs- und Sozialgeschichte*", Gotinga, 1968, trad. italiana *Per una nuova storia costituzionale e sociale*. Milão, 1970, pp. 201 e segs.; **Anne Pallister**, "*Magna Carta — The Heritage of Liberty*", Oxónia, 1971; **Étienne Grisel**, "*Les Droits Sociaux*", Basileia, 1973, pp. 17 e segs.; **Jean Rivero**, "*Les libertés publiques*", Paris, 1973, I, pp. 33 e segs.; **Iring Fetscher**, "*Libertad*", in *Marxismo y Democracia — Enciclopedia de Conceptos Basicos — Política 5*, obra colectiva, trad., Madrid, 1975, pp. 1 e segs.; **Richard P. Claude**, "*The classical model of human rights*

Constant² — na distinção entre *liberdade dos antigos* e *liberdade dos modernos*, na distinção entre a maneira de encarar a pessoa na Antiguidade e a maneira de a encarar a partir do Cristianismo. Para os antigos, a liberdade é, antes de mais, participação na vida da Cidade; para os modernos, antes de mais, realização da vida pessoal³.

A segunda refere-se à *tutela dos direitos própria da Idade Média e do Estado estamental* e à *tutela dos direitos própria do Estado moderno*, mais particularmente do Estado constitucional. Ali, direitos (ou melhor, privilégios, imunidades, regalias) de grupos, de corporações, de ordens, de categorias; aqui direitos comuns ou universais, ligados a uma relação imediata com o Estado, direitos do homem e do cidadão (ainda que sem excluir alguns direitos de categorias particulares).

A terceira contraposição dá-se entre *direitos, liberdades e garantias* e *direitos sociais* e patenteia-se nas grandes clivagens políticas, ideológicas e sociais dos séculos XIX e XX. Se o Estado liberal se oferece relativamente homogêneo, já o Estado social recolhe concretizações e regimes completamente diferentes.

A quarta e última distinção prende-se com a *protecção interna* e a

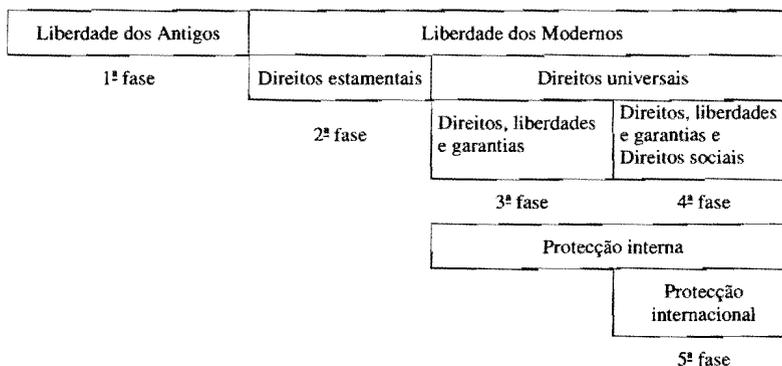
development”, in *Comparative Human Rights*, obra colectiva, Baltimore e Londres, 1976, pp. 6 e segs.; **Pablo Lucas Verdu**, “*Curso de Derecho Político*”, III, Madrid, 1976, pp. 39 e segs.; **Pontes de Miranda**, *Democracia, Liberdade, Igualdade*, 2ª ed., São Paulo, 1979, pp. 259 e segs.; **Jesús González Amuchastegui**, “*Acercas del origen de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*”, in *Anuario de Derechos Humanos*, 2, Março de 1983, pp. 119 e segs.; **Jean Morange**, “*Libertés Publiques*”, Paris, 1985, pp. 24 e segs.; **Georges Ténékidès**, “*La cité d’Athenes et les droits de l’homme*”, in *Protecting Human Rights: the European Dimension — Studies in honour of Gérard J. Wiarda*, obra colectiva, Colónia, 1988, pp. 605 e segs.; **Pedro Cruz Villalon**, “*Formación y evolución de los derechos fundamentales*”, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1989, pp. 35 e segs.; **Manoel Gonçalves Ferreira Filho**, *Direitos humanos fundamentais*, São Paulo, 1995, pp. 9 e segs.; **Paulo Bonavides**, *Do Estado liberal ao Estado real*, 6ª ed., São Paulo, 1996, pp. 39 e segs. e 182 e segs.; **José Martínez de Pisón**, “*Derechos humanos: historia, fundamento y realidad*”, Saragoça, 1997, pp. 57 e segs.; **Ingo Wolfgang Sarlet**, *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre, 1998, pp. 36 e segs.; “*Historia de los Derechos Fundamentales*”, obra colectiva editada por **Gregoria Peces-Barba** e **Eusebio Fernandez-Garcia**, I, Madrid, 1998; **Gilles Lebreton**, “*Libertés publiques et droits de l’homme*”, 4ª ed., Paris, 1999, pp. 56 e segs.; **Fábio Konder Comparato**, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, São Paulo, 1999; **Jorge Miranda**, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 3ª ed., Coimbra, 2000, pp. 12 e segs.; **Vieira de Andrade**, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 2ª ed., Coimbra, 2001, pp. 49 e segs.; **Gomes Canotilho**, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6ª ed., Coimbra, 2003, pp. 380 e segs.

² “*De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*”, 1815 (in *Cours de Politique Constitutionnelle*, IV, Paris, 1820, p. 238 e segs.).

³ Quanto ao exacto alcance da contraposição, a tendência dominante é para torná-la em moldes mais mitigados do que os sugeridos por **Constant**: v., por todos, **Jellinek**, *op.cit.*, pp. 223 e segs., ou **Giovanni Sartori**, “*Théorie de la Démocratie*”, trad., Paris, 1973, pp. 205 e segs.

protecção internacional dos direitos do homem. Até há cerca de cinquenta anos, os direitos fundamentais, concebidos contra, diante ou através do Estado, só por este podiam ser assegurados; agora também podem ser assegurados por meio de instâncias internacionais.

Donde, o seguinte quadro:



3. Diferente deste quadro, é a consideração de três ou quatro gerações de direitos fundamentais: a dos direitos de liberdade; a dos direitos sociais; a dos direitos ao ambiente e à autodeterminação, aos recursos naturais e ao desenvolvimento; e, ainda, a dos direitos relativos à bioética, à engenharia genética, à informática e a outras utilizações das modernas tecnologias⁴.

Conquanto esta maneira de ver possa ajudar a apreender os diferentes momentos históricos de aparecimento dos direitos, o termo *geração*, geração de direitos, afigura-se enganador por sugerir uma sucessão de categorias de direitos, umas substituindo-se às outras — quando, pelo contrário, o que se verifica em Estado social de direito é um enriquecimento crescente em resposta às novas exigências das pessoas e das sociedades.

Nem se trata de um mero somatório, mas sim de uma interpenetração mútua, com a conseqüente necessidade de harmonia e concordância prática⁵. Os direitos vindos de certa época recebem o influxo dos novos direitos, tal como estes não podem deixar de ser entendidos em conjugação com os

⁴ Cfr., por exemplo, **Robert Pelloux**, “Vrais et faux droits de l’homme”, in *Revue du droit public*, 1981, pp. 53 e segs.; **Pérez Luño**, “Las generaciones de derechos humanos”, in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Setembro-Outubro 1991, pp. 203 e segs.; ou **Paulo Bonavides**, Curso de Direito Constitucional, 8.ª ed., São Paulo, 1999, pp. 516 e segs.

⁵ Cfr., muito próximo, **Willis Santiago Guerra**, A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição, in *Revista de Informação Legislativa*, n. 137, Janeiro-Março 1998, p. 14.

anteriormente consagrados: algumas liberdades e o direito de propriedade não possuem hoje o mesmo alcance que possuíam no século XIX, e os direitos sociais adquirem um sentido diverso consoante os outros direitos garantidos pelas Constituições.

Tão pouco as pretensas gerações correspondem a direitos com estruturas contrapostas: um caso paradigmático é o do direito à intimidade ou à privacidade só plenamente consagrado no século XX. E há direitos inseridos numa geração que ostentam uma estrutura extrema complexa: é o caso do direito ao ambiente.

Finalmente, direitos como os direitos à autodeterminação aos recursos naturais e ao desenvolvimento nem sequer entram no âmbito dos direitos fundamentais, porque pertencem a outra área — a dos *direitos dos povos*.

4. Tal como o conceito de Constituição, o conceito de direitos fundamentais surge indissociável da idéia de Direito liberal. Daí que se carregue das duas características identificadoras da ordem liberal: a postura individualista abstracta de (no dizer de **Radbruch**) um “indivíduo sem individualidade”; e o primado da liberdade, da segurança e da propriedade, complementadas pela resistência à opressão.

Apesar de todos os direitos serem ou deverem ser (por coerência) direitos de todos, alguns (*maxime* o sufrágio) são, no século XIX, denegados aos cidadãos que não possuam determinados requisitos econômicos; outros (v. g., a propriedade) aproveitam sobretudo aos que pertençam a certa classe; e outros ainda (o direito de associação, em particular de associação sindical) não é sem dificuldade que são alcançados.

Contrapostos aos direitos de liberdade são, nesse século e no século XX reivindicados (sobretudo, por movimentos de trabalhadores) e sucessivamente obtidos, direitos econômicos, sociais e culturais⁶ — direitos econômicos para garantia da dignidade do trabalho, direitos sociais como segurança na necessidade e direitos culturais como exigência de acesso à educação e à cultura e em último termo de transformação da condição operária. Nenhuma

⁶ No século XIX encontram-se textos constitucionais precursores da atribuição destes direitos: a Constituição francesa de 1848 (preâmbulo e art. 23) e, de certa maneira, mais modestamente, a Constituição portuguesa de 1822 (arts. 237, 238 e 240). E até já a Constituição francesa de 1793 falava em socorros públicos (art. 21).

Constituição posterior à Primeira Guerra Mundial deixa de os outorgar, com maior ou menor ênfase e extensão⁷.

Sabe-se, porém, que são diversas — muito mais diversas de que os do Estado liberal — as configurações do Estado social. Os antagonismos ideológicos, os desníveis de estádios de desenvolvimento e as diferenças de culturas e de práticas sociais não só subjazem aos contrastes de tipos constitucionais como explicam realizações e resultados variáveis de país para país⁸.

Assim, o Estado Social de Direito⁹ irá reduzir ou mesmo eliminar o cunho classista que, por razões diferentes, ostentavam antes os direitos de liberdade e os direitos sociais. A transição do governo representativo clássico para a democracia representativa irá reforçar ou introduzir uma componente democrática que tenderá a fazer da liberdade tanto uma liberdade — autonomia como uma liberdade — participação (fechando-se, assim, o ciclo correspondente à contraposição de **Benjamin Constant** entre liberdade dos antigos e liberdade dos modernos).

Por um lado, não só os direitos políticos são paulatinamente estendidos até se chegar ao sufrágio universal como os direitos econômicos, sociais e culturais, ou a maior parte deles, vêm a interessar à generalidade das pessoas. Por outro lado, o modo como se adquirem, em regime liberal ou pluralista, alguns dos direitos econômicos, sociais e culturais a partir do exercício da liberdade sindical, da formação de partidos, da greve e do sufrágio mostra que os direitos da liberdade se não esgotam num mero jogo de classes dominantes.

⁷ Sobre esta evolução, cf., por exemplo, **Passerin d'Entrèves**, *“La Dottrina dello Stato”*, 2ª ed., Turim, 1967, pp. 281 e segs.; **Jorge Miranda**, Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade, Lisboa, 1968, pp. 70 e segs.; **Ernst Forsthoff**, *“Der Staat der Industriegesellschaft”*, trad. castelhana *El Estado de la Sociedad Industrial*, Madrid, 1975, pp. 249 e segs.; **Vital Moreira**, *“A ordem jurídica do capitalismo”*, Coimbra, 1973, pp. 145 e segs.; **Amâncio Ferreira**, A conquista dos direitos sociais, in *Fronteira*, n. 5, Janeiro-Março de 1979, pp. 83 e segs.; **José Vilas Nogueira**, *“Igualdad jurídica y Desigualdad económica en el Estado capitalista: los derechos sociales”*, in *Revista de Estudios Políticos*, n. 14, Março-Abril de 1980, pp. 11 e segs.; **Gérard Marcou**, *“Réflexions sur l'origine et l'évolution des droits de l'homme”*, in *Service Public et Libertés — Mélanges offerts au Professeur Robert-Édouard Charlier*, obra colectiva, Paris, 1981, pp. 635 e segs.; *“The Development of Welfare States” in Europe and America*, obra colectiva, ed. por **Peter Flora** e **Arnold J. Heidenheimer**, New Brunswick e Londres, 1984; **Wolfgang Abendroth**, **Ernst Forsthoff** e **Karl Doehring**, *“El Estado Social”*, trad., Madrid, 1986; **Jorge Novais**, Contributo para uma teoria do Estado de Direito, Coimbra, 1987, pp. 213 e segs.; **Ignacio Aras Pinilla**, op. cit., pp. 86 e segs.; **Paulo Bonavides**, *“Do Estado ...”*, cit., pp. 179 e segs.; *“Les droits de l'homme à l'aube les XXème siècle”*, obra colectiva, Consul la Europe, Estrasburg, 1993; **Paulo Otero**, Introdução ao Estado de Direito, I, Lisboa, 1998, pp. 233 e segs.

⁸ Cf. o nosso Manual ..., I, 7ª ed., Coimbra, pp. 93 e segs.

⁹ Não cuidamos aqui de outros tipos constitucionais ou regimes políticos que também pretenderam, de uma maneira ou de outra, promover direitos sociais, desde o Estado marxista leninista ao corporativo e fascista.

5. Independentemente das divergências a nível de formulações, teorizações e fundamentações, ressaltam algumas tendências comuns aos países europeus:

- A diversificação do catálogo, muito para lá das declarações clássicas;
- A irradiação para todos os ramos de Direito;
- A acentuação da dimensão objectiva, perscrutando-se, por detrás dos direitos, princípios básicos do ordenamento;
- A consideração do homem situado, traduzida na relevância dos grupos e das pessoas colectivas e na conexão com garantias institucionais;
- O reconhecimento da complexidade de estrutura de muitos dos direitos, designadamente dos de liberdade;
- A dimensão plural e poligonal das relações jurídicas;
- A produção de efeitos não só verticais (frente ao Estado) mas também horizontais (em relação aos particulares);
- A dimensão participativa e procedimental, levando a falar em **status activus processualis (Häberle)**;
- A idêia de aplicabilidade imediata dos direitos de liberdade;
- A interferência não apenas do legislador mas também da Administração na concretização e na efectivação dos direitos;
- O desenvolvimento dos meios de garantia e a sua ligação aos sistemas de fiscalização da legalidade e da constitucionalidade¹⁰.

Não é possível, evidentemente, considerar aqui todos estes pontos. Mas importa analisar aquelas duas categorias de direitos fundamentais, até porque têm ressurgido tendências para acentuar excessivamente a contraposi-

¹⁰ Cf. **Peter Häberle**, “Die Wesensgehalt Garantie des art. 19 ABS 2 Grundgesetz”, 1983, trad. italiana *Le libertà fondamentali nello Stato Costituzionale*, Roma, 1993, maxime 42 e segs., pp. 115 e segs. e 202 e segs.; **Konrad Hesse**, “Significado de los derechos fundamentales”, in **Benda, Mai-hofer, Vogel, Hesse. Heyde**, “Handbuch des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland”, 1994, trad. castelhana *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, 1996, pp. 83 e segs.; **Francisco Fernandez Segado**, “La dogmatica de los derechos humanos”, Lima, 1994; **Giancarlo Rolla**, “Le prospettive dei diritti della persona alla luce delle recenti tendenze costituzionali”, in *Quaderni Costituzionali*, 1997, pp. 417 e segs.; **Gomes Canotilho**, “Direito ...”, cit., pp. 1.379 e segs.

ção ou até para pôr em causa os próprios direitos econômicos, sociais e culturais.

6. As premissas de que partimos são as seguintes: 1^a) que direitos de liberdade e direitos sociais são, uns e outros, impostos pela dignidade da pessoa humana; 2^a) que, num prisma estritamente dogmático, ostentam estruturas diferentes; 3^a) que, porém, esse dualismo, não impede que os seus regimes jurídicos se aproximem à luz do postulado de máximo efeito útil das normas constitucionais.

É certo que o Estado social tem vindo a atravessar nas duas últimas décadas situações de crise e tem sofrido não poucas críticas. Situações de crise derivadas do peso dos aparelhos burocráticos nascidos à sua sombra, de custos financeiros dificilmente suportáveis de conjunturas de recessão económica e de quebra de competitividade em face de países com menor protecção social. Críticas provenientes das correntes neoliberais e monetaristas triunfantes (ou aparentemente triunfantes) frente às correntes keynesianas.

E, efectivamente, as circunstâncias e também os princípios de equidade social exigem a superação do assistencialismo. Exigem a distinção entre necessidades e bens essenciais e universais e as restantes necessidades, fazendo que, quanto a estas, as respectivas prestações sejam pagas por todos quantos *as podem pagar* e até onde *puderem pagar*. Exigem a abertura (como se prevê na Constituição portuguesa) à colaboração da sociedade civil. Exigem ainda mudança de mentalidades, diminuindo os egoísmos corporativos¹¹ e impulsionando, pelo contrário, formas de democracia participativa.

No entanto, na Europa e no mundo não se lhe vê alternativa. Assim como a experiência dos anos 1950, 1960 e 1970 mostrou o papel integrador produzido pelos esforços de efectivação de direitos sociais, também agora só o Estado social permite dar resposta a fenómenos novos de exclusão e propiciar o acolhimento dos milhões de emigrantes que buscam um pouco mais de bem-estar nos países ocidentais. E apenas o Estado social é compatível com a

¹¹ Cf. **Gregorio Peces Barba**, *“Ética, Poder y Derecho — Reflexiones ante el fin del siglo”*, Madrid, 1995, p. 38, referindo se a uma patologia dos direitos no Estado social com ampliação de prestações tão egoístas como a provocada pela mentalidade privada da sociedade organizada segundo a lei da oferta e da procura. E, doutros prismas, **Boaventura de Sousa Santos**, *O Estado e a Sociedade em Portugal* (1974 1988), 2^a ed., Porto, 1992, pp. 200 e 204; ou **Castanheira Neves**, *Direito e Responsabilidade*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1996, pp. 23/24.

preservação do meio ambiente e com política de desenvolvimento sustentável com a “solidariedade entre gerações” (como se lê, por exemplo, no art. 66, n. 1, alínea **d** da Constituição portuguesa).

Uma coisa é, pois, a actualização, a adaptação ou a reforma do modelo; outra coisa, a sua abolição. Uma coisa é a correspondência maior com regulação econômica e social do que com intervenção directa do Estado; outra coisa o retorno a um *laissez faire* ... que, à escala da globalização, traria imensos custos humanos. Uma coisa é a eventual passagem a uma nova fase (que alguns apelidam de Estado *pós-social*), outra coisa a sujeição a uma pura lógica economicista sem horizontes de esperança.

Tudo isso, naturalmente, no âmbito da democracia representativa, aberta e pluralista, em que, sem prejuízo do seu conteúdo essencial e da garantia jurisdicional, as normas constitucionais sobre direitos econômicos, sociais e culturais podem receber concretizações diversas (mas não retrocesso) consoante as legítimas opções das sucessivas maiorias parlamentares.

II

7. O Estado Social de Direito não é senão (recordemos) uma segunda fase do Estado constitucional, representativo ou de Direito. Por dois motivos: 1^ª) porque, para lá das fundamentações que se mantêm ou se superam (iluminismo, jusracionalismo, liberalismo filosófico) e do individualismo que se afasta, a liberdade — pública e privada — das pessoas continua a ser o valor básico da vida colectiva e a limitação do poder político um objectivo permanente; 2^ª) porque continua a ser (ou vem a ser) o povo como unidade e totalidade dos cidadãos, conforme proclamara a Revolução Francesa, o titular do poder político.

Do que se trata é de articular *direitos e liberdades*, ou *direitos civis e políticos* (como se diz na terminologia das Nações Unidas) ou *direitos, liberdades e garantias* (como se prefere na Constituição portuguesa) — *direitos, liberdades e garantias* com *direitos sociais* ou *direitos econômicos, sociais e culturais*; de articular igualdade *jurídica* (à partida) com igualdade *social* (à chegada) e segurança jurídica com segurança social; e ainda de estabelecer a recíproca implicação entre liberalismo político (e não já, ou não já necessaria-

mente, econômico) e democracia, retirando-se do princípio da soberania nacional todos os seus corolários¹².

Tanto na concepção liberal como na concepção social, deparam-se a liberdade e a igualdade; porém, na primeira, igualdade é a titularidade dos direitos e demanda liberdade para todos, ao passo que, na segunda, a igual-

¹² Sobre a distinção entre as duas categorias de direitos, v., entre tantos, **Piero Calamandrei**, "L'Avvenire dei Diritti di Libertà", introdução à 2ª ed. da obra de **Francesco Ruffini**, "Diritti di Libertà". Florença, 1946, reimpressão de 1975; **Philippe Braud**, "La notion de liberté publique en droit français". Paris, 1968, pp. 11 e segs. e 121 e segs.; **Jean Rivero**, "Les Droits de l'Homme, catégorie juridique?", in *Perspectivas del Derecho Publico en la segunda mitad del siglo XX — Homenaje a Enrique Sayagues-Laso*, obra colectiva, III, pp. 31 e segs.; **Georges Burdeau**, "Traité de Science Politique", 2ª ed., VII, Paris, 1972, pp. 587 e segs., e "Constitution, Droits de l'Homme et 'Changement'", in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, obra colectiva, II, Pádua, 1985, pp. 124 e segs.; **Georges Vlachos**, "La structure des droits de l'homme et le problème de leur réglementation en régime pluraliste", in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1972, pp. 298 e segs.; **Castro Mendes**, Direitos, liberdades e garantias, in *Estudos sobre a Constituição*, I, obra colectiva, Lisboa, 1977, pp. 103 e segs.; **Garcia de Enterría**, "La significación de las libertades para el derecho administrativo", in *Anuario de Derechos Humanos*, I, 1981, pp. 115 e segs.; **Figueiredo Dias**, Sobre a autonomia dogmática do direito penal econômico, in *Estudios penales y criminales*, obra colectiva, Santiago de Compostela, 1985, p. 55; **Cardoso Da Costa**, A hierarquia das normas constitucionais e a sua função na protecção dos direitos fundamentais (sep. do Boletim do Ministério da Justiça, n. 396), Lisboa, 1990, pp. 12 e segs.; **Casalta Nabais**, Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa (sep. do Boletim do Ministério da Justiça, n. 400), Lisboa, 1990, pp. 11 e segs.; **Vieira de Andrade**, op. cit., pp. 168 e segs.; **Gomes Canotilho**, "Direito ...", cit., p. 397.

Sobre direitos, liberdades e garantias, por exemplo, **Francesco Ruffini**, op. cit.; **Pietro Virga**, "Libertà giuridica e diritti fondamentali", Milão, 1947; **Kelsen**, Teoria Pura do Direito, 2ª ed. portuguesa, Coimbra, 1962, I, pp. 270/271; **Marcello Caetano**, Direito Constitucional, I, Rio de Janeiro, 1977, pp. 355 e segs.; **Pierangelo Catalano**, "Diritti di libertà e potere negativo", in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, obra colectiva, III, Pádua, 1973, pp. 1955 e segs., maxime 1971; **Giuliano Amato**, "Libertà (diritto costituzionale)", in *Enciclopedia dei Diritti*, XXV, pp. 272 e segs.; **Iring Fetscher**, "Libertad", in *Marxismo y Democracia — Política*, obra colectiva, trad., Madrid, 1975, pp. 1 e segs.; **Franck Way Jr.**, "Liberty in the balance: current issues in civil Liberties", 4ª ed., Nova Iorque, 1976; **Jean Rivero**, "Idéologie et techniques dans le droit des libertés publiques", in *Mélanges J. J. Chevalier*, obra colectiva, Paris, 1978, pp. 247 e segs.; **Isaiah Berlin**, "Four Essays on Liberty", trad. portuguesa, *Quatro Ensaios sobre a Liberdade*, Brasília, 1981; **José Lamego**, "Sociedade aberta e liberdade de consciência", Lisboa, 1985; **Alessandro Pace**, "Problematica delle libertà costituzionali", Pádua, 1985; *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, obra colectiva, Paris-Aix-en-Provence, 1987; **Pierfrancesco Grossi**, "I diritti di libertà ad uso di lezioni", I, 1, 2ª ed., Turim, 1991; **Christian Starck**, "La Constitution cadre et mesure du droit", Paris-Aix-en-Provence, 1994, pp. 67 e segs.; **Jorge Bacelar Gouveia**, "O estado de excepção", Lisboa, 1999, pp. 867 e segs.

Sobre os direitos sociais, v. **Carl Schmitt**, op. cit., pp. 196/197; **Michel Staskou**, "Quelques remarques sur les 'droits économiques et sociaux'", in *Essais sur les droits de l'homme en Europe (deuxième série)*, obra colectiva, Paris, 1961, pp. 45 e segs.; **Manlio Mazzotti**, "Diritti Sociali", in *Enciclopedia del Diritto*, XII, pp. 802 e segs.; **Giuseppe Cicala**, "Diritti sociali e crisi dei diritti soggettivi nel sistema costituzionale italiano", Nápoles, 1965; **Étienne Grisei**, "Les Droits Sociaux", Basileia, 1973, pp. 85 e segs. e 114 e segs.; "La reconnaissance et la mise en oeuvre des droits économiques et sociaux", obra colectiva, Bruxelas, 1972; "Vers une protection efficace des droits économiques et sociaux?", obra colectiva, Bruxelas, 1973; **Amâncio Ferreira**, Uma abordagem dos direitos sociais, in *Fronteira*, n. 6, Abril-Julho de 1979, pp. 51 e segs.; **Guido Corso**, "I diritti sociali nella Costituzione italiana", 1981, pp. 755 e segs.; **Ricardo Garcia Marcho**, "Las aporias de los derechos fundamentales sociales y el derecho a la vivienda", Madrid, 1982; **Enrique Alonso Garcia**, "Los 'Welfare Rights' y la libertad parlamentaria de ordenación del gasto publico: la lucha entre dos principios constitucionales de política socio-económica", in *Revista Española de Derecho Constitucional*,

dade é a concreta igualdade de agir e a liberdade a própria igualdade puxada para acção. Na concepção liberal, a liberdade de cada um tem como limite a liberdade dos outros; na concepção social, esse limite prende-se com a igualdade material e situada. Os direitos constitucionais de índole individualista podem resumir-se num direito geral de liberdade, os direitos de índole social num direito geral à igualdade.

Sabemos que esta igualdade material não se oferece, cria-se; não se propõe, efectiva-se; não é um princípio, mas uma conseqüência. O seu sujeito não a traz como qualidade inata que a Constituição tenha de confirmar e que requeira uma atitude de mero respeito; ele recebe-a através de uma série de prestações, porquanto nem é inerente às pessoas, nem preexistente ao Estado. Onde bastaria que o cidadão exercesse ou pudesse exercer as próprias faculdades jurídicas, carece-se doravante de actos públicos em autônoma discricionariedade. Onde preexistiam direitos, imprescindíveis, descobrem-se condições externas que se modificam, se removem ou se adquirem. Assim, o conceito do direito à igualdade consiste sempre num comportamento positivo, num *facere* ou num *dare*¹³.

Para o Estado social de Direito, a liberdade *possível* — e, portanto; *necessária* — do presente não pode ser sacrificada em troca de quaisquer metas, por justas que sejam, a alcançar no futuro. Há que criar *condições de*

1982, pp. 155 e segs.; **Javier Perez Royo**, “*La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado social*”, *ibidem*, 1984, pp. 157 e segs.; **Paulo Lopo Saraiva**, *Garantia constitucional dos direitos sociais no Brasil*, Rio de Janeiro, 1983; **João Caupers**, *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*, Coimbra, 1985, pp. 27 e segs.; **Gomes Canotilho**, *Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais*, Coimbra, 1988; **António Pereira Menaut**, “*Against Positive Rights*”, in *Valparaíso University Law Review*, 1988, pp. 359 e seg.; **António Augusto Cançado Trindade**, “*A questão da implementação dos direitos económicos, sociais e culturais; evolução e tendências atuais*”, in *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 71, Julho de 1990, pp. 7 e seg.; **José Luis Cascado Castro**, “*La tutela constitucional de los derechos sociales*”, Madrid, 1988; **José Ramón Cossío Díaz**, “*Estado Social y Derechos de Prestación*”, Madrid, 1989; **Francisco de Contreras Peláez**, “*Derechos sociales — teoría y ideología*”, Madrid, 1994; **José Ignacio Martínez Estay**, “*Jurisprudência constitucional española sobre derechos sociales*”, Barcelona, 1997; **João Carlos Espada**, “*Direitos sociais de cidadania*”, Lisboa, 1997; **Manuel Afonso Vaz**, “*O enquadramento jurídico-constitucional dos ‘direitos económicos, sociais e culturais’*”, in *in juris et de jure*, obra colectiva, Porto, 1998, pp. 435 e segs.; “*La protection des droits sociaux fondamentaux dans les pays de l’Union Européenne*”, obra colectiva, Atenas Bruxelas Baden, 2000; “*Direitos Fundamentais Sociais (Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado)*”, obra colectiva, Rio de Janeiro São Paulo, 2003.

¹³ Nosso “*Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*”, Lisboa, 1968, pp. 71/72. Cf., entre tantos autores, **Pontes de Miranda**, “*Democracia, Liberdade, Igualdade*”. São Paulo, 1979; ou **Jürgen Habermas**, “*Faktizität und Geltung. Beiträge Zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaat*”, 1992, trad. francesa *Droit et Démocratie*, Paris, 1997, pp. 443 e segs.

liberdade — de liberdade *de facto*, e não só *jurídica*¹⁴; mas a sua criação e a sua difusão somente têm sentido em *regime de liberdade*. Porque a liberdade (tal como a igualdade) é indivisível, a diminuição da liberdade — civil ou política — de alguns (ainda quando socialmente minoritários), para outros (ainda quando socialmente majoritários) acederem a novos direitos, redundaria em redução da liberdade de todos¹⁵.

O resultado almejado há de ser uma *liberdade igual para todos*, construída através da correcção das desigualdades e não através de uma igualdade sem liberdade¹⁶; sujeita às balizas materiais e procedimentais da Constituição; e susceptível das modulações que derivem da vontade popular expressa pelo voto.

8. Nos direitos, liberdades e garantias assenta-se na idêia de que as pessoas, só por o serem, ou por terem certas qualidades ou por estarem em certas situações ou inseridas em certos grupos ou formações sociais, exigem respeito e protecção por parte do Estado e dos demais poderes. Nos direitos sociais, assenta-se na verificação da existência de desigualdades e de situações de necessidade — umas derivadas das condições físicas e mentais das próprias pessoas, outras derivadas de condicionalismos exógenos (econômicos, sociais, geográficos etc.) — e no empenhamento em as vencer para estabelecer uma relação solidária entre todos os membros da mesma comunidade política.

A existência das pessoas é afectada tanto por uns como por outros direitos. Mas em planos diversos: com os direitos, liberdades e garantias, é a sua esfera de autodeterminação e expansão que fica assegurada, com os direitos sociais é o desenvolvimento de todas as suas potencialidades que se pretende alcançar; com os primeiros, é a vida imediata que se defende do arbítrio do poder, com os segundos é a esperança numa vida melhor que se afirma; comuns, é a liberdade actual que se garante, com os outros é uma liberdade mais ampla e efectiva que se começa a realizar.

¹⁴ Cf. Isaiah Berlin, *op. cit.*, p. 38; Peter Häberle, “*Le liberté ...*”, *cit.*, p. 49; ou Robert Alexy, “*Theorie der Grundrechte*”, 1996, trad. castelhana *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Madrid, 1993, pp. 215 e segs.

¹⁵ Na sociedade supercomplexa de hoje, o Direito só poderá exercer satisfatoriamente a sua função de congruente generalização de expectativas normativas enquanto forem institucionalizados constitucionalmente os princípios da inclusão e da diferenciação funcional e, por conseguinte, os direitos fundamentais sociais e os concernentes à liberdade política (Marcelo Neves, “A constitucionalização simbólica”, São Paulo, 1994, p. 72).

¹⁶ Cf., por exemplo, John Rawls, “*A Theory of Justice*”, 1971, trad. portuguesa, *Uma teoria de Justiça*, Brasília, pp. 159 e segs., *maxime* 232/233.

Os direitos, liberdades e garantias são direitos de *libertação do poder* e, simultaneamente, *direitos à protecção* do poder contra outros poderes (como se vê, quanto mais não seja, nas garantias de intervenção do juiz no domínio das ameaças à liberdade física por autoridades administrativas). Os direitos sociais são *direitos de libertação da necessidade*¹⁷ e, ao mesmo tempo, *direitos de promoção*. O conteúdo irreduzível daqueles é a limitação jurídica do poder¹⁸, o destes é a organização da solidariedade¹⁹.

Liberdade e libertação não se separam, pois; entrecruzam-se e completam-se; a unidade da pessoa não pode ser truncada por causa de direitos destinados a servi-la e também a unidade do sistema jurídico²⁰ impõe a harmonização constante dos direitos da mesma pessoa e de todas as pessoas. Eis o que não custa, outrossim, confirmar através de uma breve análise estrutural das duas categorias²¹.

¹⁷ Recorde-se a “*freedom from want*” do Presidente **F. D. Roosevelt**.

¹⁸ Assim, **Jellinek**, “*La Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen*”, in *Revue du droit public*, Julho-Dezembro de 1902, p. 399.

¹⁹ Cf. a noção de **status positivos socialis**, por exemplo, em **Ingo Wolfgang Sarlet**, *op. cit.*, pp. 198 e segs.

²⁰ Cf. **Georges Vlachos**, *op. cit.*, *loc. cit.*, pp. 310 e segs.

²¹ Na vigência da actual Constituição portuguesa de 1976, a teoria dos direitos de liberdade tem sido relativamente pacífica. Já não os dos direitos sociais, chegando alguns autores a contestá-los ou a submetê-los a visões reducionistas em nome de certas premissas filosóficas ou da acenada crise do Estado-providência.

Uma dessas visões reducionistas é a de **João Carlos Espada**, para quem os direitos sociais constituem algo que dá origem a um “chão comum” abaixo do qual ninguém deve recluir-se, mas acima do qual podem florescer desigualdades sociais (*op. cit.*, pp. 7 e 9). Eles corresponderiam a uma rede de segurança contra a privação ou a exclusão (p. 255). Não se trataria de promover a igualdade, mas sim a oportunidade; não de evitar desigualdades, mas a exclusão de um universo de oportunidades. Porque as pessoas são livres e iguais enquanto cidadãos, podem ser livres e diferentes enquanto indivíduos (p. 264).

Parece-nos restritivo e inadequado este “critério residual e negativo” dos direitos sociais. A libertação da necessidade não se consegue só com uma espécie de “rendimento mínimo garantido”. Reclama medidas positivas, global e continuamente orientadas por objectivos de desenvolvimento e transformação — por exemplo, por objectivos de democracia económica, social e cultural [como se lê nos arts. 2º e 9º, alínea d, da Constituição]. Mas esses objectivos são redefinidos e reinterpretados pelo povo em cada tempo, não são impostos determinística e dogmaticamente de uma vez por todas.

Tão pouco diferença e desigualdade social se equivalem: quanto mais as pessoas ascenderem a patamares mais elevados de educação, cultura e segurança económica mais livres ficam para escolher entre diversos caminhos de vida, mais recusam a uniformização e o autoritarismo, assim como mais se sentem membros da mesma comunidade. Nem os direitos sociais têm apenas como contra-parte o Estado; também a sociedade civil está neles presente. Ou se traduzem sempre em serviços a cargo do Estado; podem traduzir-se na obtenção de meios para o acesso ao mercado (como, aliás, reconhece o próprio **João Carlos Espada**, p. 257). Ou o seu custo tem de ser suportado apenas por via de impostos; bem pode justificar-se em função das capacidades dos beneficiários, que seja também suportado por taxas.

9. Esclarecendo ou sublinhando o que temos vindo a dizer:

a) Direitos, liberdades e garantias não são o mesmo que direitos naturais e direitos sociais o mesmo que direitos civis (em certa acepção) ou direitos outorgados pelo Estado. Não está aqui em causa senão uma análise de situações jurídicas activas de Direito positivo; mas, se assim não fosse, por certo seria incorrecto qualificar de direitos naturais o direito de antena ou o direito de acção popular e muito difícil não qualificar como tais o direito ao trabalho ou o direito à segurança social.

b) Direitos, liberdades e garantias tão pouco são o mesmo que direitos individuais e direitos sociais o mesmo que direitos institucionais ou colectivos. Entre os direitos fundamentais institucionais contam-se algumas liberdades (v. g., a das confissões religiosas e a das associações) e, de resto, os direitos sociais apresentam-se, de ordinário, como de titularidade individual (poucos direitos serão mais *individuais* que o direito ao trabalho ou o direito ao ensino).

c) Os direitos, liberdades e garantias não se determinam por exclusão de partes por pertencerem ao ser humano enquanto tal, como pessoa ou em aspectos incindíveis da sua personalidade ou pelo menos enquanto cidadão, e os direitos económicos, sociais e culturais não são direitos fundamentais especiais tirando a sua especialidade do bem tutelado e de uma forma de tutela eminentemente social²². São gerais — ou comuns — tanto os primeiros como os segundos direitos. Os direitos sociais podem dizer respeito, hoje, a todas as pessoas e atingir uma pluralidade de bens. E tão dependentes de formas organizativas podem ser alguns dos direitos, liberdades e garantias (*maxime* os respeitantes ao processo penal) como os direitos sociais.

d) Nem sequer seria legítimo reconduzir os direitos, liberdades e garantias a direitos *absolutos* e os direitos sociais a direitos *relativos* — sendo absolutos ou relativos os direitos, por transplantação de noções de **Schmitt**²³, consoante dispensassem ou não a interposição e a garantia da lei. Se a intervenção legislativa parece sempre necessária no tocante aos direitos sociais, também há direitos, liberdades e garantias cuja concretização não se faz, ou não se faz plenamente, sem lei, como as garantias dos cidadãos perante a informática (art. 35 da Constituição portuguesa) ou a objecção de

²² Conforme preconiza Castro Mendes (op. cit., loc. cit., p. 103 e segs.).

²³ Op. cit., p. 192 e segs. e 203 e segs.

consciência frente ao serviço militar (arts. 41, n. 6, e 276, n. 4); há direitos, liberdades e garantias, que constam de normas constitucionais não exequíveis por si mesmas²⁴.

10. e) Os direitos, liberdades e garantias englobam, na verdade, direitos de diferente conteúdo, de variável estrutura e passíveis de diversa concretização ou realização²⁵. Englobam liberdades, direitos políticos, direitos irredutíveis a liberdades e a direitos políticos, garantias; direitos negativos ou direitos a omissões, e direitos positivos ou direitos a comportamentos, sejam dos próprios sujeitos (direitos positivos *activos*), sejam de outrem (direitos positivos *passivos*).

Nem por isso, todavia, deixa de se justificar a sua aglutinação — por constituírem (ou poderem constituir) um sistema unitário à volta da idéia de liberdade e de limitação do poder (antes de mais, do poder do Estado em abstracto e do poder dos governantes, sejam quais forem, em concreto, o que se aplica, inclusive, aos direitos políticos) e por se traduzirem (ou podem traduzir) num regime jurídico comum.

f) Fica isto também reforçado por, em muitos, senão em quase todos os direitos, liberdades e garantias, não ser possível ou juridicamente correcto destringer o que é direito, o que é liberdade e o que é garantia — como sucede, por exemplo, com a reserva de intimidade da vida privada (art. 26, n. 1), o direito de antena (art. 40) ou o direito à greve (art. 57) — embora prevalessa, aqui ou ali, o elemento de direito, o elemento de liberdade ou o elemento de garantia²⁶.

²⁴ Sobre este conceito, v. o nosso “*Manual ...*”, II, 5ª ed., Coimbra, 2003, pp. 274 e segs.

²⁵ Cf. **Vieira de Andrade**, “Autonomia regulamentar e reserva de lei”, Coimbra, 1987, p. 18.

²⁶ No direito à vida, parece sobressair o elemento direito; contudo, igualmente aí aparece o elemento de garantia, o qual se traduz, nomeadamente, na protecção penal. Relativamente à liberdade de imprensa é o elemento liberdade que está mais presente, mas encontram-se também direitos positivos e garantias. O direito de resistência é uma garantia, porque instrumental relativamente à defesa de outros direitos, mas não deixa de ser (sob certa óptica) um direito autónomo. O direito à greve é, simultaneamente, um direito, uma liberdade e uma garantia: começou por sobressair apenas algo de lícito, depois uma liberdade e hoje é um verdadeiro direito *stricto sensu*. Os direitos políticos, se, por um lado, têm um sentido de direitos, são também (como já dissemos) a garantia dos demais direitos, só têm sentido quando exercidos em liberdade (*maxime* o sufrágio) e alguns são mesmo configuráveis como liberdades (v.g., a liberdade de associação e formação de partidos políticos).

Cf. **Castro Mendes**, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 109; **A. Monteiro Fernandes**, “Reflexões sobre a natureza do direito à greve”, in *Estudos sobre a Constituição*, obra colectiva, II, pp. 321 e segs.; **Gomes Canotilho** e **Vital Moreira**, “Constituição da República Portuguesa Anotada”, 3ª ed., Coimbra, 1993, pp. 110 e segs.

g) Por virtude dessa heterogeneidade (ou heterogeneidade aparente) de conteúdo, não seria possível, desde logo, afirmar que a contrapartida de cada direito, liberdade e garantia seja (ou seja sempre) uma atitude de abstenção por parte do Estado — tal poderia valer, para as liberdades mas não para os direitos políticos, para as garantias de processo penal e para os direitos previstos em normas não exequíveis por si mesmas²⁷.

h) Nem sequer perante as liberdades a atitude do Estado vem a ser de simples abstenção. Postulam-se condições de segurança em que possam ser exercidas, uma ordem objectiva a criar ou a preservar a ordem pública em sentido estrito, ou, mais amplamente, a “ordem constitucional democrática” referida no art. 19, n. 2, da Constituição ou a “legalidade democrática”, a defender através do Governo [art. 199, alínea f], dos tribunais (art. 202, n. 2), do Ministério Público (art. 219, n. 1) e da polícia (art. 272, n. 1)²⁸. E o Estado é civilmente responsável pelas violações de direitos, liberdades e garantias (art. 22) e deve tutela quer civil²⁹ quer penal³⁰ contra violações providas de quaisquer cidadãos.

Mais ainda: quanto a algumas liberdades, exigem-se prestações positivas³¹ ou ajudas materiais³², sem as quais se frustra o seu exercício ou o seu exercício por todos os cidadãos e todos os grupos: assim, com a liberdade de imprensa, que implica o assegurar pela lei dos meios necessários à salvaguarda da sua independência perante os poderes político e econômico (arts. 38, ns. 4 e 6, 1ª parte, e 39, n. 1) e a possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião nos meios de comunicação social do sector público (arts. 38, n. 6, 2ª parte, e 39, n. 1); com a liberdade religiosa (art. 41,

²⁷ Cf. **Casalta Nabais**, “Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa”. *cit.*, p. 11, nota.

²⁸ Toda a pessoa tem direito a que reine uma ordem capaz de tornar plenamente efectivos os direitos e as liberdades (art. 28º da Declaração Universal).

²⁹ Recordem-se sobretudo os arts. 70º e 396º do Código Civil e os arts. 37º, n. 4, *in fine*, e 52º, n. 3, da Constituição.

³⁰ Cf., sobre o problema, **Maria da Conceição Ferreira da Cunha**, “Constituição e Crime”, Porto, 1995; **Luiz Regis Prado**, “Bem jurídico-penal e Constituição”, São Paulo, 1996; **Maria Fernanda Palma**, “Constituição e Direito Penal”, *in* Perspectivas Constitucionais, obra colectiva, II, Coimbra, 1997, pp. 227 e segs.

³¹ Cf. **Philippe Braud**, “*La notion de liberté publique en droit français*”, Paris, 1968, pp. 148 e segs.; **Jörg Paul Muller**, “*Éléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*”, trad., Berna, 1983; **Franco Modugno**, “*I ‘nuovi diritti’ nella giurisprudenza costituzionale*”, Turim, 1995, p. 70; ou **Paulo Mota Pinto**, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, *in* Portugal Brasil — Ano 2000, obra colectiva, pp. 189 e segs.

³² **Jean Rivero**, “*Les Droits de l’Homme, droits individuels ou droits collectifs*”, *in* *Les Droits de l’Homme: droits collectifs ou droits individuels*, obra colectiva, p. 31.

n. 5); com o direito de manifestação (art. 45, n. 2); com a liberdade de propaganda eleitoral, associada à igualdade das diversas candidaturas e à imparcialidade das entidades públicas [art. 113, n. 3, alíneas **a**, **b** e **c**].

i) Pode e deve falar-se, sim, numa atitude geral de respeito, resultante do reconhecimento da liberdade da pessoa de conformar a sua personalidade e de reger a sua vida e os seus interesses. Esse respeito pode converter-se quer em abstenções quer em acções do Estado e das demais entidades públicas ao serviço da realização da pessoa, individual ou institucionalmente considerada³³ — mas nunca em substituição da acção ou da livre decisão da pessoa, nunca a ponto de o Estado penetrar na sua personalidade e afectar o seu ser³⁴. E é fundamentalmente neste sentido de respeito e preservação da personalidade e da capacidade de acção das pessoas que se justifica ainda dizer que os direitos, liberdades e garantias no seu conjunto ou, pelo menos, as diferentes liberdades se salvaguardarão ou se efectivarão tanto mais quanto menor for a intervenção do Estado, ao passo que os direitos sociais poderão ser tanto mais efectivados quanto maior ela vier a ser.

j) Uma atitude geral de respeito obriga tanto as entidades públicas como ainda, em certos casos e em certas condições — defini-las vem a ser um dos mais difíceis problemas do Direito Constitucional contemporâneo — as entidades privadas (art. 18, n. 1, **in fine**, da Constituição). Porque o respeito da liberdade de todos os membros da comunidade política tem que ver não somente com as entidades públicas como também com todos esses membros, uns perante os outros, pelo menos quando haja relações de desigualdade ou de dependência, importa que uns respeitem a personalidade dos outros para que possam todos conviver³⁵.

³³ Cf. **Georges Vlachos**, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 315: já não é um dever abstracto de abstenção negativa sistemática que determina a essência do Direito do Homem e, designadamente, do direito individual; é a obrigação que decorre — para o Estado como para os grupos ou os particulares — da idéia de não-alienação da personalidade e que gera, consoante os casos, tanto um dever de não fazer como uma injunção de agir, concreta e eficazmente, para salvaguardar a liberdade do homem.

³⁴ Cf. **Figueiredo Dias**, “Sobre o papel do Direito Penal na protecção do ambiente”, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano IV, n. 1, Janeiro-Julho de 1978, p. 11, frisando que os direitos, liberdades e garantias respeitam a uma forma de actuação do homem em que a dependência recíproca com a comunidade ou se não verifica ou não é necessária.

³⁵ Por isso, como observa **João Baptista Machado** (Participação e descentralização. Democratização e neutralidade na Constituição de 1976. Coimbra, 1982, p. 144), a neutralidade do Estado não se concretiza, necessariamente, em mera abstenção mas também, quando necessário, numa acção destinada a impedir que a livre actuação dos indivíduos e das forças sociais possa vir a criar coacções incompatíveis com a autodeterminação de outros indivíduos e de outras forças sociais.

11. l) Algo de semelhante se verifica, de resto, no domínio dos direitos sociais. Embora estes tenham como sujeitos passivos principalmente o Estado e outras entidades públicas, também não são indiferentes a entidades privadas; também requerem (ou chegam a exigir) uma colaboração por parte dos particulares³⁶. Chamados à tarefa da sua efectivação são o Estado e a sociedade — conforme estipulam, em sucessivos preceitos a Constituição portuguesa (arts. 63, 64, 69, 75, etc.) ou a brasileira (arts. 194, 199, 205, 225 e 227).

m) Existe uma instância participativa nos direitos sociais, fundada, ainda e sempre, no respeito da personalidade: porque se cura de prestar bens e serviços à pessoa, não apenas é preciso contar com o seu livre acolhimento como ainda é mais vantajoso pedir-lhe que, por si ou integrada em grupos, contribua para a sua própria promoção. Daí, estruturas e, por vezes, inclusive, direitos de participação [assim, na Constituição portuguesa, os arts. 52, n. 3, 54, n. 5, alínea e, 56, n. 2, 77 etc.], os quais se apresentam como anteparas da liberdade contra o peso da burocracia ou da tecnocracia.

n) Tal como nos direitos, liberdades e garantias se recorta uma dimensão positiva, também nos direitos sociais se encontra, pois, uma dimensão negativa. As prestações que lhes correspondem não podem ser impostas às pessoas contra a sua vontade, salvo quando envolvam deveres e, mesmo aqui, com certos limites (v.g., tratamentos médicos ou frequência de escolas)³⁷; quando a Constituição institua formas de participação, não pode ser impedido o seu desenvolvimento; é vedado ao Poder Público restringir o acesso aos direitos sociais constitucional ou legalmente garantidos, por meio de medidas arbitrárias; e, evidentemente, lesar os bens ou os interesses que lhes correspondem (v.g., o ambiente ou o património cultural).

o) A interconexão de liberdades e direitos sociais³⁸ afigura-se óbvia quer no processo histórico da sua formulação, quer no momento actual de exercício e efectivação. A liberdade sindical e o direito à greve são instrumentos de defesa dos direitos dos trabalhadores (arts. 55, n. 1, e 57, n. 2). Há garantias ao serviço de direitos sociais: assim, o direito à segurança no emprego (art. 53) em relação ao direito ao trabalho (art. 58, n. 1)³⁹, e, em geral,

³⁶ Cf. **Guido Corso**, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 768.

³⁷ Cf. **Carla Gomes**, “Defesa da Saúde Pública v. Liberdade Individual”, Lisboa, 1999, pp. 18 e segs.

³⁸ Nas palavras de **Robert Pelloux**, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 54.

³⁹ Assim, Acórdão n. 148/1987 do Tribunal Constitucional, de 6 de maio, in *Diário da República*, 2ª série, n. 178, de 05 de Agosto de 1987.

também funcionam como tais certos direitos específicos de participação (arts. 52, n. 3, 55, 56, 60, n. 3, 63, n. 1, 64, 66, 77 e 79). Em contrapartida, a efectivação dos direitos sociais propicia a realização das liberdades ou de certas liberdades: se se assegura, por exemplo, o ensino básico universal, obrigatório e gratuito ou a educação permanente [art. 74, n. 2, alíneas **a** e **c**], é para que todos possam usufruir da liberdade de aprender (art. 43) e da liberdade de criação cultural (art. 42). Finalmente, não faltam casos de harmonização: por exemplo, o direito ao trabalho não pode ser efectivado com privação da liberdade de profissão (art. 47).

12. p) A maior parte dos direitos, liberdades e garantias está consignada em normas constitucionais preceptivas e exequíveis por si mesmas. Alguns provêm de normas não exequíveis e o seu cabal exercício exige lei mediadora — quer dizer, ainda prestações positivas, mas de tipo normativo. Já a totalidade (ou a quase totalidade) dos direitos sociais é contemplada em normas programáticas, normas que têm de ser seguidas não só de lei como de modificações económicas, sociais, administrativas ou outras [cf. art. 9^o, alínea **d** da Constituição]; e daí inevitáveis conseqüências quanto à sua realização.

q) Imbricada como está com a vida económica e social sujeita a uma *reserva económica do possível*⁴⁰ — e esta avaliável sempre no âmbito do contraditório político — a realização dos direitos sociais aparece, por conseguinte, indissociável da política económica e social de cada momento (ao passo que a realização dos direitos, liberdades e garantias dir-se-ia, **prima facie**, actividade eminentemente jurídica);

r) Se os direitos, liberdades e garantias têm um conteúdo essencialmente determinado (ou determinável) ao nível das normas constitucionais, os direitos sociais têm um conteúdo determinado, em maior ou menor medida, por opções do legislador ordinário⁴¹. Donde, uma mais vincada *densidade constitucional* dos primeiros do que dos segundos, sem embargo de serem sempre apuráveis o lugar, a projecção e o sentido essencial de cada direito na ordem constitucional.

⁴⁰ Cf. **Gomes Canotilho**, "Constituição dirigente e vinculação do legislador", Coimbra, 1982, p. 365; ou **Ingo Sarlet**, *op.cit.*, pp. 253 e segs.

⁴¹ Cf. **Vieira de Andrade**, "Os direitos ...", *cit.*, p. 182. No mesmo sentido, **Georges Burdeau**, "Constitution. Droits de l'Homme et «Changement»", in *Scritti in onore de Vejo Crisafulli*, pp. 124 e segs.; **João Caupers**, *op. cit.*, pp. 40 e segs.; **Casalta Nabais**, "Os direitos ...", *cit.*, p. 12.

s) Daqui não procede, porém, forçosamente que todos os direitos sociais sejam direitos a prestações não vinculadas⁴², ao fim e ao resto nunca verdadeiros direitos subjectivos plenos⁴³; que deles não possam deduzir se pretensões jurídicas concretas por via interpretativa⁴⁴; que sejam direitos sob reserva (condição) de lei ou constituídos por lei⁴⁵; ou que neles os indivíduos não apareçam como destinatários directos de normas constitucionais⁴⁶.

Uma contraposição global tão extrema, nestes ou noutros termos, parece exagerada e, mais do que o risco de desvalorização dos direitos sociais, acarreta o de desvalorização das próprias normas constitucionais, afinal degradadas ao domínio da política legislativa. A relatividade dos conceitos de direitos subjectivos, expectativas e pretensões jurídicas, a heterogeneidade das posições activas abrangidas tanto pelos direitos, liberdades e garantias como pelos direitos sociais, a variedade das situações da vida não aconselham tal qualificação em bloco. Só caso a caso, direito a direito, é possível comprovar a sua justeza⁴⁷.

t) Nem se diga que os direitos sociais não são invocáveis judicialmente. Podem-no ser a par da fiscalização da inconstitucionalidade — por omissão e por acção. E podem-no ser por meio dos direitos derivados a prestações, visto que não é avisado cindir a legislação concretizadora dos direitos sociais das normas constitucionais que os criam. A integração dos preceitos constitucionais e legais permite configurar os direitos, em cada tempo histórico, como uma única realidade jurídica.

⁴² Vieira de Andrade, “Os direitos ...”, *cit.*, p. 184.

⁴³ *Ibidem*, p. 190. Na mesma linha, Parecer n. 18/1978 da Comissão Constitucional, in *Pareceres*, VI, p. 17.

⁴⁴ Ernst-Wolfgang Bockenforde, “Escritos sobre derechos fundamentales”, trad., Baden Baden, 1993, pp. 76 e segs.

⁴⁵ Manuel Afonso Vaz, “Lei e Reserva da Lei”, Porto, p. 373-374 e 381, nota.

⁴⁶ Manuel Afonso Vaz, “O enquadramento jurídico constitucional dos ‘direitos económicos, sociais e culturais’”, in *in juris et jure*, obra colectiva, Porto, 1998, p. 445.

⁴⁷ Cf. as perspectivas de Etienne Grisel, *op. cit.*, pp. 98 e segs.; Jean Rivero, “Les Droits ...”, *cit.*, *loc. cit.*, p. 32; Guido Corso, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 783; José Reinaldo de Lima Lopes, “Direitos subjectivos e direitos sociais”, in *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, obra colectiva, São Paulo, 1998, pp. 113 e segs.; Gomes Canotilho, “Direito ...”, *cit.*, pp. 402 e 471 e segs.