

Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976: a eficácia dos direitos de liberdade e dos direitos sociais

Karina Amaral*

1. Introdução

O presente trabalho terá por base o estudo dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Portuguesa de 1976. Através da análise de doutrina e legislação pertinentes buscaremos compreender o sentido jurídico das figuras principais ao tema e suas possíveis implicações dentro de uma perspectiva voltada à verificação da eficácia dos direitos fundamentais constitucionais. Nosso objetivo consistirá na avaliação de tais direitos não apenas teórica ou doutrinariamente, mas a partir das disposições constitucionais relativas aos mesmos.

Nessa tarefa, abordaremos os direitos dispostos em suas categorias, quais sejam, os “direitos, liberdades e garantias” e os direitos “econômicos, sociais e culturais”. Conduziremos nossa pesquisa à apreciação de ambas as categorias (como catálogos variados de direitos fundamentais) não sendo considerados somente alguns direitos em suas particularidades. Poderemos, eventualmente, utilizar as locuções “direitos de liberdade” e “direitos sociais” para designar as expressões: “direitos, liberdades e garantias” e os direitos “econômicos, sociais e culturais”, respectivamente. Por outro lado, caso seja necessário fazer referências à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais não iremos nos referir a direitos subjetivos públicos

* Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Atuou no Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados de Minas Gerais. E-mail: karinaamaral_direito@hotmail.com.

uma vez que esta figura tem gerado uma discussão latente e imperfeita na doutrina¹. A este respeito preferimos adotar “direitos subjetivos fundamentais, consistindo esta em posição de uma pessoa que possui direitos e a que tais normas de direitos se dirigem”².

Importante ressaltar que temos a consciência de que a expressão “direito subjetivo fundamental” é um conceito doutrinário assim como a consideração da outra dimensão objetiva³. Ambas designações poderão ser utilizadas na medida em que sejam capazes de nos fornecer possíveis indicações a partir do sentido geral que cada dimensão carrega consigo⁴. Nesse sentido, dispostos, primeiramente, a respeito dos direitos de liberdade no intuito de alcançar suas principais características. Trataremos de investigar a existência de um regime jurídico particular que discipline tais direitos. Em seguida, nos dirigiremos ao exame dos direitos sociais, aos seus aspectos mais relevantes, no intuito de alcançar um entendimento coerente e uniforme a tal respeito. Nessa medida procuraremos averiguar de que forma tais direitos encontram-se dispostos constitucionalmente.

2. Estudo específico dos direitos, liberdades e garantias

2.1. Primeiras referências

Levando-se em consideração a Constituição de 1976, os direitos fundamentais são “situações jurídicas fundamentais das pessoas” reconhecidas nos artigos 24 a 79 da Constituição ou que sejam como tais admitidas na lei fundamental (por força dos artigos 16 e 17 da Constituição)⁵. Os direitos, liberdades e garantias são, formalmente, aqueles previstos nos artigos 24 a 57 da Constituição (título II da parte I, capítulos I, II e III da parte 1)⁶. Na tentativa de sistematizá-los, Alexandrino⁷ ressalta que uma importante divisão dos direitos, liberdades e garantias consiste na sua separação em direitos, liberdades e garantias pessoais (correspondente ao

1 ALEXANDRINO, 2006.

2 ALEXANDRINO, 2006, p. 77.

3 ALEXANDRINO, 2006, pp. 30-31.

4 ALEXANDRINO, 2006.

5 ALEXANDRINO, 2007, pp. 30-31.

6 ALEXANDRINO, 2007.

7 ALEXANDRINO, 2006.

capítulo I do título II da parte I da Constituição – a esfera pessoal – artigos 24 ao 47); direitos, liberdades e garantias de participação política (capítulo II – a esfera política – artigos 48 ao 52) e direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores (capítulo III – a esfera laboral – artigos 53 ao 57). Segundo o referido autor constitui tal segmentação, ainda que se possa fazer “reparos”, uma “base consistente e incontornável da estruturação constitucional relevante dos conteúdos materiais dos direitos, liberdades e garantias”⁸.

Como forma de fundamentar seu pensamento, Alexandrino⁹ cita o nº 1 do artigo 26 da Constituição¹⁰ como capaz de enunciar várias garantias jus-fundamentais. Por outro lado, o referido autor adverte que existem alguns preceitos constitucionais, correspondentes ao título II da parte I da Constituição¹¹, que não consagram um direito de liberdade na medida em que:

ora excepcionam, limitam ou restringem uma determinada previsão normativa de um direito, liberdade e garantia, ora conformam, complementam ou especificam uma previsão normativa, ora, a título auxiliar ou instrumental, consagram condições ou outras garantias objetivas de realização das distintas posições jurídicas que recaem sob o objeto de proteção dessa previsão¹².

A despeito disso, ao depararmos com os direitos de liberdade como categoria, tipo ou grupo de direitos surge a necessidade de encontrarmos critérios que sirvam de base a qualquer direito inserido nesse contexto.

8 ALEXANDRINO, 2006, p. 136.

9 ALEXANDRINO, 2006, pp. 154-155.

10 Nos termos do referido artigo tem-se: “a todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação”.

11 Como exemplo o autor cita os artigos 26, nº 2 (“a lei estabelecerá garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e às famílias”), 28, nº 4 (“a prisão preventiva está sujeita aos prazos estabelecidos em lei”), 34, nº 2 (“a entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstos na lei”), 56, nº 4 (“a lei estabelece as regras respeitantes à legitimidade para a celebração das convenções coletivas de trabalho, bem como à eficiência das respectivas normas”), 57, nº 3 (“a lei define as condições de prestação, durante a greve, de serviços necessários à segurança e manutenção de equipamentos e instalações, bem como de serviços mínimos indispensáveis para ocorrer à satisfação de necessidades sociais impreteríveis”), dentre outros.

12 ALEXANDRINO, 2006, pp. 154-155.

Embora uma leitura de alguns artigos constitucionais concernentes aos direitos de liberdade nos levem a admitir a coexistência de realidades díspares, heterogêneas ou singulares, julgamos necessária a busca por um sentido jurídico que nos possibilite compreendê-los. Nesse intuito, Alexandrino¹³ revela que tais direitos poderiam ser apontados como “pretensões negativas, positivas ou à conformação jurídica a que correspondem designadamente impedimentos (de lesão), obrigações (de prestações) e sujeições”. Contudo, examinando os direitos de liberdade como um todo, Alexandrino¹⁴ e Branco¹⁵ revelam que tais direitos impõem, de modo geral, uma obrigação estatal de não interferência, intromissão ou intervenção no exercício dos mesmos. Apesar de não podermos cogitar de uma aplicação de tal assertiva de forma absoluta, concordamos com a idéia de que a atuação indiscriminada dos órgãos estatais é considerada uma intrusão devendo o Estado não fazê-lo¹⁶. Conforme explica Alexandrino a proteção de tais direitos “está associada ao caráter de direito subjetivo”, isto é, “constituem uma obrigação permanente, irrecusável e incondicionada do Estado”¹⁷.

2.2. Artigo 18º, nº 1 da Constituição

A Constituição Portuguesa de 1976 determina que “os preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. Segundo Alexandrino¹⁸, essa aplicabilidade direta imposta por tal dispositivo constitucional adviria, em primeiro lugar, da vinculatividade das normas ligadas aos direitos de liberdade; e, em segundo, do fato de que o conteúdo de certos direitos fundamentais encontra-se imediatamente configurado na Constituição.

Isso significa, de acordo com Alexandrino¹⁹ e Novais²⁰, que, se as normas são diretamente aplicáveis, os cidadãos, aos quais estas se dirigem, poderão invocá-las, desde logo, para proteger seus direitos, na medida em

13 ALEXANDRINO, 2006, p. 78/80.

14 ALEXANDRINO, 2006.

15 BRANCO, 2000.

16 ALEXANDRINO, 2007.

17 ALEXANDRINO, 2007, p. 42.

18 ALEXANDRINO, 2007.

19 ALEXANDRINO, 2007.

20 NOVAIS, 2004.

que serão de execução imediata. Por outro lado, Alexandrino²¹, Novais²² e Branco²³ ressaltam que, considerando o enorme catálogo concernente aos direitos de liberdade, não haveria como o legislador constituinte prever todas as hipóteses concretas relacionadas a tais direitos, o que denota que os preceitos relativos aos mesmos, nem sempre, serão exequíveis por si mesmos. É nesse sentido que Moraes²⁴ confirma que a eficácia e aplicabilidade das normas ligadas aos direitos fundamentais “dependem muito de seu próprio enunciado”. De qualquer forma, Alexandrino²⁵ acredita que a idéia geral a reter é o fato de o cidadão poder se valer de uma regra constitucional que garante o exercício de direito que lhe é devido; ou, ainda, em outras palavras, é a permissão de imediata invocação por parte daqueles que podem se beneficiar dos direitos de liberdade.

Em nosso pensamento, consideramos que o art. 18º, nº 1º da Constituição é de suma importância para a compreensão da lógica que gira em torno dos direitos de liberdade. Nesse âmbito, parece predominar um sentido geral de que tais direitos funcionam como escudo às próprias tentativas de inviabilização do seu exercício por parte do Estado. Contudo, embora a própria existência estatal não condiga com uma interpretação irrestrita da afirmação anterior acreditamos que, em termos gerais, prevalece um dever de não intromissão estatal em relação aos direitos de liberdade. Isso significa que o art. 18º, nº 1º poderá ser invocado pelo cidadão na medida em que existam tentativas não autorizadas dentro do ordenamento jurídico de impedir, impor barreiras ou dificultar o exercício de um direito que é seu por lei.

Seguindo a discussão a respeito do referido artigo, ressalta-se outra imposição advinda da parte final do texto, qual seja, a de que os direitos, liberdades e garantias vinculam as entidades públicas e privadas. No que diz respeito às entidades públicas tal regra é imposta aos poderes componentes

21 ALEXANDRINO, 2007. A este respeito o autor cita o artigo 26, nº 2 que dispõe: “a lei estabelecerá garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias”; e também o artigo 35, nº 1 nesses termos: “todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhe digam respeito, podendo exigir a sua retificação e atualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam”.

22 NOVAIS, 2004.

23 BRANCO, 2000.

24 MORAES, 2008, p. 32.

25 ALEXANDRINO, 2007.

do Estado que devem obediência à Constituição. Nesse cenário, conforme ressalta Alexandrino²⁶, estarão incluídos “todos os órgãos e agentes do Estado, das regiões autónomas, das autarquias locais e das demais pessoas coletivas públicas e ainda das pessoas privadas que exerçam poderes públicos (como as concessionárias de serviço público)”, sendo que a vinculação permanece “mesmo quando os poderes públicos estejam a atuar no âmbito de regras de direito privado”.

Levando-se em consideração a atividade a ser desempenhada pelo legislativo no que diz respeito aos direitos de liberdade, Alexandrino²⁷ ressalta a obrigação de o órgão primar pelos direitos, liberdades e garantias sobre múltiplos aspectos. Ao editar leis, deverá ser respeitado o conteúdo dos direitos, velando para que não haja violações. Por outro lado, “ao concretizar, desenvolver e configurar os direitos fundamentais e a própria ordem jurídica, o legislador está obrigado a adotar as soluções que se conformem com os efeitos de proteção das normas de direitos, liberdades e garantias”²⁸. Por fim, existirá ainda um “dever geral de proteção e diversos deveres especiais de proteção dos direitos, liberdades e garantias”²⁹.

Tendo em conta outra perspectiva, Correia ressalta os deveres que incumbirão ao legislador, baseando-se na norma da vinculatividade, na medida em que ignore, desconsidere ou se mostre indiferente a tal regra. O referido autor considera que quando a Constituição remete ao legislador um dever de regular preceitos relativos a direitos de liberdade e este não determina o conteúdo dos mesmos, tal omissão não inviabilizaria a aplicabilidade direta que decorre da regra relacionada ao artigo 18, n.º 1 da Constituição³⁰. Ao contrário, permitiria ao juiz extrair, a partir dos diversos valores correspondentes à Declaração Universal dos Direitos do Homem, “um patamar mínimo de realização de cada direito, liberdade e garantia”³¹. Nesse sentido, propugnamos que ao legislador constituído foi delegada a função de zelar e promover os direitos de liberdade utilizando instrumento jurídico que lhe cabe, a lei, como forma de acautelar tais direitos.

26 ALEXANDRINO, 2007, p. 89.

27 ALEXANDRINO, 2007.

28 ALEXANDRINO, 2007, pp. 89-90.

29 ALEXANDRINO, 2007, p. 90.

30 CORREIA, 2004.

31 CORREIA, 2004, p. 970.

Passando à consideração do papel da administração em relação aos direitos de liberdade, tem-se que, tradicionalmente, a vinculação da atividade administrativa aos direitos fundamentais tinha por baliza a lei, isto é, o princípio da legalidade³². A lei era a base para a proteção dos direitos de liberdade e propriedade sendo que para intervir neste domínio a Administração Pública precisaria de uma autorização e, mesmo neste caso, tinha de atuar estritamente segundo a lei³³. A atuação da administração por intermédio da lei foi uma regra mantida. Porém, a proibição de atuação contrária à lei não pode prejudicar a aplicabilidade direta dos preceitos constitucionais³⁴. Isso significa que os órgãos administrativos não poderão restringir os direitos mas estarão habilitados a concretizá-los e promovê-los, mesmo na ausência de lei específica que o faça, sendo que esta não será “uma atividade de execução de lei, mas de execução vinculada da Constituição”³⁵.

Quanto aos poderes de polícia, exercidos pela administração, estes deverão ter como base a tipicidade prescrita na lei e a atuação administrativa deverá ser feita, sempre, tendo o princípio da proporcionalidade como parâmetro (artigo 272, nº 2 da Constituição)³⁶. No caso da atividade de polícia preventiva a administração também deverá respeitar os direitos de liberdade (artigo 272, nº 3 da Constituição)³⁷.

Com relação aos administrados o artigo 268º da Constituição estabelece uma série de direitos que se dirigem aos mesmos como, por exemplo, direito de acesso aos registros e arquivos administrativos, direito à informação procedimental, etc.³⁸. Além disso, o artigo 266, nº 2 da Constituição determina a subordinação da administração à Constituição e à lei devendo sua atuação ser pautada por meio dos princípios da igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade e boa-fé.

Por fim, no que diz respeito aos tribunais estes terão uma função singular em relação aos direitos de liberdade. O artigo 205, nº 2 da Constituição

32 ANDRADE, 2001.

33 ANDRADE, 2001.

34 ANDRADE, 2001.

35 ANDRADE, 2001, p. 232.

36 ANDRADE, 2001.

37 ANDRADE, 2001.

38 ANDRADE, 2001.

impõe que as decisões advindas de tal poder são obrigatórias às entidades públicas e privadas, prevalecendo sobre as de quaisquer outras autoridades. Tal regra denota que a principal competência de tal poder é defender a Constituição e os preceitos que nela estão incluídos, o que implica defesa e proteção aos direitos fundamentais. Isso significa, por exemplo, que os tribunais ao exercerem controle de constitucionalidade das normas e demais atos do Estado deverão aplicar os preceitos constitucionais e interpretá-los em conjunto com o direito ordinário (penal, administrativo, etc.)³⁹. Nesse caso, impõe-se o afastamento das normas julgadas inconstitucionais ou, eventualmente, dos atos que não se mostrem conformes aos preceitos constitucionais⁴⁰. Conforme explica Andrade⁴¹, embora os tribunais constituam um dos poderes do Estado não há, em princípio, uma preocupação em instituir garantias contra suas decisões. O referido autor afirma, também, que os juizes poderão fazer decretações que afetem os direitos de liberdade, sendo permitido aos mesmos até afastarem a competência administrativa ou reexaminá-la⁴². Por outro lado, Andrade⁴³ revela que apesar do controle de tal atividade esgotar-se dentro do próprio Poder Judicial, é garantido aos demandantes de um processo a possibilidade de interporem recursos (ordinários e extraordinários) para instâncias superiores. No intuito de combater eventuais violações de direitos, o Código de Procedimento Administrativo determina pena de nulidade aos atos que ofendam o conteúdo essencial de um direito fundamental (artigo 133º, alínea “d”)⁴⁴. Além disso, é facultado aos particulares, que demandem processo judicial, acederem ao Tribunal Constitucional caso os tribunais apliquem normas cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo⁴⁵.

Diante do exposto, Alexandrino⁴⁶ salienta posição conclusiva no sentido de que nenhum órgão poderá comprometer-se politicamente em

39 ANDRADE, 2001.

40 ANDRADE, 2001.

41 ANDRADE, 2001.

42 ANDRADE, 2001.

43 ANDRADE, 2001.

44 ANDRADE, 2001.

45 ANDRADE, 2001.

46 ALEXANDRINO, 2007.

quaisquer procedimentos, atos ou atividades que impliquem desrespeito aos direitos, liberdades e garantias. O fato de essas atuações poderem não ter uma sanção jurisdicional não significa que não exista uma vinculação constitucional neste domínio⁴⁷.

Passando à consideração da vinculatividade das entidades privadas aos direitos de liberdade, constatamos que várias teorias nos trazem informações a este respeito. Para a doutrina da eficácia indireta, os preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias somente se dirigem aos particulares de forma mediata e indireta por intermédio da lei e de alguns princípios e regras do direito privado e somente de forma, direta, perante o Estado⁴⁸. Os princípios a serem observados, de acordo com tal teoria, seriam os princípios da liberdade, da autonomia e do desenvolvimento da personalidade, tendo sempre em mente a idéia de que o pensamento inverso retiraria dos direitos sua força vinculativa, esvaziando-os e transformando-lhes em deveres⁴⁹.

Para outra teoria, denominada de doutrina da eficácia direta dos preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias, esta regra seria aplicável de uma forma geral a “todas as pessoas singulares e coletivas privadas”, sendo que também seriam impostas “às relações entre particulares e ao Estado”, e haveria um dever de não intromissão nos direitos de outrem que corresponderia, “implicitamente, ao primeiro dos deveres fundamentais da Constituição”⁵⁰.

Por fim, ressalta-se o modelo dos deveres de proteção. Nessa perspectiva ao Estado caberia respeitar os preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias e possibilitar, ao máximo, condições para a realização dos mesmos. Contudo, o Estado teria, ainda, que protegê-los contra quaisquer ameaças incluindo aquelas advindas de outros particulares⁵¹. Na busca por um entendimento coerente a tal respeito, Alexandrino⁵² ressalta que a garantia aos direitos de liberdade implica tanto a vinculação do Estado como

47 ALEXANDRINO, 2007.

48 ALEXANDRINO, 2007.

49 ALEXANDRINO, 2007.

50 ALEXANDRINO, 2007, p. 94.

51 ALEXANDRINO, 2007.

52 ALEXANDRINO, 2007.

da sociedade. Adepto da teoria indireta⁵³, o referido autor revela que tal vinculatividade se dá ao Estado de forma direta e imediata. Ao contrário, com relação aos particulares, isso não se verificaria, uma vez que se assegura aos mesmos a liberdade e autonomia dentro do sistema de direitos, liberdades e garantias⁵⁴.

Contrariamente à tese de Alexandrino, Sarlet⁵⁵ considera que:

com a ampliação crescente das atividades e funções estatais, somada ao incremento da participação ativa da sociedade no exercício do poder, verificou-se que a liberdade dos particulares – assim como os demais bens jurídicos fundamentais assegurados pela ordem constitucional – não carecia apenas de proteção contra ameaças oriundas dos Poderes Públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, advindas da esfera privada. Na verdade, cumpre assinalar que, se o Estado chegou a ser considerado o destinatário exclusivo dos direitos fundamentais dos seus cidadãos, não há como negar que as ameaças resultantes do exercício do poder social e da opressão sócio-econômica já se faziam sentir de forma aguda no auge do constitucionalismo liberal-burguês, bastando aqui uma breve alusão às conseqüências da revolução industrial, cujo primeiro ciclo teve início justamente quando eram elaboradas as primeiras Constituições escritas e – ao menos no âmbito europeu – quando se vivenciava o apogeu desta primeira “onda” do constitucionalismo, no âmbito do qual, de resto foram reconhecidos – ao menos sob o prisma formal – os primeiros direitos fundamentais.

Relativizando sua posição, o referido autor afirma que, por um lado, alguns direitos encontram-se diretamente dirigidos ao Estado, visto que estes têm os órgãos estatais como destinatários. Nesse caso, tais direitos seriam tidos como inoponíveis aos particulares⁵⁶. Por outro lado, Sarlet⁵⁷

53 Como exemplo refere o autor “saber se é ou não lícito a uma entidade patronal exigir aos candidatas a um lugar que se submetam a determinados exames médicos não deve ser resolvido por força da aplicação direta do direito à reserva da intimidade da vida privada (artigo 26, nº 1), mas sim por recurso às soluções desenhadas pelo legislador (no caso, artigo 19 do Código do Trabalho) ou, na sua ausência, por recurso aos princípios gerais de direito”.

54 ALEXANDRINO, 2007.

55 SARLET, 2000, pp. 63-64.

56 SARLET, 2000.

57 SARLET, 2000.

considera que quando as normas constitutivas de direitos destinam-se, também, aos particulares como, por exemplo, no caso do sigilo de correspondência estes acabarão por encontrar-se diretamente vinculados. Sedi-mentando sua posição Sarlet⁵⁸ adverte que:

não é a existência de uma situação de “poder privado” ou de desigualdade na relação entre particulares que irá alterar o caráter jurídico-privado da relação jurídica em causa, nem afastar a circunstância de que, em última análise, estamos – também aqui – diante de uma relação entre dois titulares de direitos fundamentais, já que, à evidência, também o particular ou entidade detentor de certo grau (por maior que seja) de poder social, não deixa de ser titular de direitos fundamentais. Assim, também nas relações deste tipo não se poderá deixar de reconhecer a existência de um conflito de direitos fundamentais, tornando-se indispensável uma compatibilização (harmonização) à luz do caso concreto, impedindo um tratamento idêntico ao das relações particular-Poder Público.

Analisando-se o contexto doutrinário em torno dos direitos de liberdade, propugnamos que os direitos de liberdade, impostos como diretamente aplicáveis, devem ser obrigatoriamente mantidos por parte do Estado. Contudo, ainda que o Estado seja responsável pela proteção e promoção de tais direitos existe uma regra constitucional que vincula, também, os particulares. Nesse caso, consideramos que o catálogo concernente à tais direitos comporta realidades que não podem ser colocadas todas num mesmo patamar para vincular apenas o Estado. Embora pudéssemos afirmar que os direitos de liberdade encontram-se consagrados constitucionalmente como garantia disposta aos cidadãos para exercerem sua liberdade com certa autonomia não teríamos como ignorar que tal exercício não se impõe unicamente ao Estado. De fato, alguns direitos parecem ter sido constituídos de forma a vincular, diretamente, as entidades privadas na medida em que se destinam às mesmas. Em virtude disso, acreditamos que os direitos de liberdade opõem-se ao Estado assim como aos particulares dependendo do caso.

58 SARLET, 2000, p. 74.

3. Os direitos econômicos, sociais e culturais

3.1. Características e implicações

Os direitos econômicos, sociais e culturais correspondem, formalmente, àqueles previstos nos artigos 58 a 79 da Constituição (título III, capítulos I, II e III da parte 1)⁵⁹. Na tentativa de compreendê-los, Sarlet⁶⁰ define os direitos sociais como abrangendo:

tanto direitos prestacionais (positivos) quanto defensivos (negativos), partindo-se aqui do critério da natureza da posição jurídico-subjetiva reconhecida ao titular do direito, bem como da circunstância de que os direitos negativos (notadamente os direitos a não-intervenção na liberdade pessoal e nos bens fundamentais tutelados pela Constituição) apresentam uma dimensão positiva (já que sua efetivação reclama uma atuação positiva do Estado e da sociedade) ao passo que os direitos a prestações (positivos) fundamentam também posições subjetivas negativas, notadamente quando se cuida se sua proteção contra ingerências indevidas por parte dos órgãos estatais, de entidades sociais e também de particulares.

Nesse sentido, Sarlet⁶¹ admite que:

de outra parte, considerando que no concernente aos direitos sociais, assumidos aqui como direitos fundamentais, não há como negligenciar a sua função (ainda que não exclusiva, como se verá) de assegurar a qualquer pessoa condições mínimas para uma vida condigna, resulta cogente destacar a vinculação dos direitos sociais à garantia de um mínimo existencial, que, para alguns, chega a ser o núcleo essencial dos próprios direitos sociais na sua condição de direitos fundamentais.

O referido autor acrescenta, também, que:

a garantia (e direito fundamental) do mínimo existencial independe de expressa previsão constitucional para poder ser reconhecida, visto que decor-

59 ALEXANDRINO, 2007, pp. 30-31.

60 SARLET, 2007, p. 96.

61 SARLET, 2007, p. 94.

rente já da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana (...). Nesse contexto, há que enfatizar que o mínimo existencial – compreendido como todo conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna (portanto, saudável) tem sido identificado – por muitos – como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade⁶².

Em função disso, Sarlet⁶³ defende que “as normas de direitos sociais (inclusive de cunho prestacional) devem, em princípio, ser consideradas dotadas de plena eficácia e, portanto, direta aplicabilidade, o que não significa (e nem o poderia) que sua eficácia e efetividade deverão ser iguais”.

Contrariamente às teses acima referidas, Alexandrino⁶⁴ revela que os direitos sociais “integram realidades díspares e heterogêneas”. Segundo o referido autor os direitos sociais, em regra, não possuem um conteúdo determinado⁶⁵ e dependem de intervenção legislativa que os conforme ou constitua⁶⁶. Alexandrino⁶⁷ afirma, também, que os direitos sociais advêm do Estado social na tentativa da criação de uma sociedade mais justa que adote como base a idéia de solidariedade.

Tal como foram configurados na Constituição, tais direitos acabam por habilitar o Estado a intervir de forma direta tanto na vida econômica quanto na vida social das pessoas⁶⁸. Segundo Alexandrino⁶⁹ e Novais⁷⁰, a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais está relacionada tanto a fatores políticos quanto materiais, sendo que quanto à estes últimos o Estado não os controla em grande parte. Com relação aos custos desses direitos Nabais⁷¹ afirma que estes são verificados em despesas públicas suportadas pelo Estado, ou melhor, pelos contribuintes dos impostos.

62 SARLET, 2007, p. 105.

63 SARLET, 2007, p. 99.

64 ALEXANDRINO, 2006, p. 205.

65 ALEXANDRINO, 2007.

66 ALEXANDRINO, 2006.

67 ALEXANDRINO, 2006.

68 ALEXANDRINO, 2006.

69 ALEXANDRINO, 2007.

70 NOVAIS, 2004.

71 NABAIS, 2003.

Quanto às suas normas consagradoras, Alexandrino⁷² e Andrade⁷³ revelam que estas podem ser de vários tipos: “normas - programa, normas - fim, normas – tarefa, princípios e regras”, “normas preceptivas, exequíveis ou não exequíveis por si próprias, etc.”. De acordo com Alexandrino⁷⁴, a Constituição não estabelece um regime específico aos direitos económicos, sociais e culturais. No entendimento do autor, aquilo que a doutrina revela como sendo diretivas de um regime como, por exemplo, tarefas dirigidas ao Estado nada mais são do que uma maneira de se revelar o modo pelo qual se concretizam tais tarefas⁷⁵.

Em virtude disso, Alexandrino⁷⁶ acredita que tais direitos afiguram-se na Constituição em normas vinculativas com proteção variada. Nesse sentido, os direitos sociais estariam sujeitos ao regime geral dos direitos fundamentais (título I da parte I da Constituição, com algumas exceções) existindo, também, a possibilidade de alguns deles poderem ser considerados direitos de natureza análoga beneficiando, dessa forma, do regime dos direitos, liberdades e garantias (artigo 17 da Constituição)⁷⁷. Isso significa conforme ressaltam Alexandrino⁷⁸ e Novais⁷⁹, que ao Estado incumbirá o dever de, na medida do possível, tentar ao máximo realizá-los e procurar manter, também dentro do possível, os níveis de efetivação eventualmente alcançados.

Conforme asseveram Alexandrino⁸⁰ e Novais⁸¹, os direitos sociais, na maior parte dos casos, constituirão uma pretensão ao seu titular condicionada por reserva do possível sendo seu conteúdo indeterminado e ficando a realização de tal direito, eventualmente, diferida no tempo. Segundo Alexandrino⁸², os direitos sociais em função de não remeterem ao titular do direito a possibilidade de se valer dos mesmos para cobrar o exercício perante o Estado ficam, primeiramente, dependentes de uma opção do

72 ALEXANDRINO, 2006, p. 205/206.

73 ANDRADE, 2001, p. 373.

74 ALEXANDRINO, 2007.

75 ALEXANDRINO, 2007.

76 ALEXANDRINO, 2006.

77 ALEXANDRINO, 2007.

78 ALEXANDRINO, 2006.

79 NOVAIS, 2004.

80 ALEXANDRINO, 2006.

81 NOVAIS, 2004.

82 ALEXANDRINO, 2007.

legislador, havendo, então, uma prevalência da dimensão objetiva sobre a dimensão subjetiva. Tendo em conta essa suposta dependência de conformação legislativa que segue os direitos sociais, é de suma importância analisar o papel do legislativo, mostrando o que sobraria aos tribunais bem como à Administração Pública.

De acordo com o art. 283º da Constituição, o legislador deverá realizar as medidas necessárias à constituição ou conformação do conteúdo dos direitos sociais de forma a tornar exequíveis as normas constitucionais. Isso significa, segundo Andrade⁸³ e Novais⁸⁴, que o descumprimento de uma norma específica ou seu cumprimento insuficiente consistirá em uma inconstitucionalidade por omissão. Embora Novais⁸⁵ afirme que a desconsideração de tal regra pode gerar uma inconstitucionalidade por ação, ressalta que o maior problema deste instituto ser verificado é o fato das normas de tais direitos serem, muitas delas, de conteúdo indeterminado, o que tornaria difícil a verificação da violação de norma constitucional. Por outro lado, no caso do cumprimento insuficiente de uma norma, Novais⁸⁶ adverte que, apesar de ser verificado um tipo deste de inconstitucionalidade, o problema residiria em acionar sua sindicabilidade, levando-se em conta que, para tanto, o legislador teria que descumprir aquelas medidas consideradas indispensáveis à exequibilidade da norma.

Com relação à omissão total do legislador, Andrade⁸⁷ e Novais⁸⁸ revelam que a detecção da ilegitimidade se faz através da verificação da sua imprescindível intervenção no sentido de tornar as normas constitucionais exequíveis. Contudo, Andrade⁸⁹ questiona a determinação de uma inconstitucionalidade por omissão em virtude de “insuficiência de legislação”, visto que somente se verifica uma inconstitucionalidade deste tipo analisando-se o “grau de densidade da norma imperativa”, isto é, o grau de vinculação do legislador em face da Constituição. Em função disso, o referido autor preconiza, por um lado, que a inexistência de legislação so-

83 ANDRADE, 2001.

84 NOVAIS, 2004.

85 NOVAIS, 2004.

86 NOVAIS, 2004.

87 ANDRADE, 2001.

88 NOVAIS, 2004.

89 ANDRADE, 2001, p. 382/383.

bre determinada matéria ou sua insuficiência para permitir que as normas constitucionais possam ser devidamente cumpridas, não abre espaço para que o juiz ou, ainda, a Administração Pública possam inferi-las, aplicando-as, uma vez que este dever é atribuído somente ao legislador que não deverá ser substituído⁹⁰. Por outro lado, Andrade⁹¹ considera que dependendo do tipo de norma constitucional, se relativa à conteúdo mínimo no caso de “necessidade ou injustiças extremas”, poderia retirar daí o direito a uma prestação determinada.

Assim, Andrade⁹² acredita que o grau de vinculação do legislador dependerá, para ser apurado, da determinabilidade do conteúdo da imposição constitucional. Não será fácil, segundo refere o autor, a verificação de uma inconstitucionalidade por omissão⁹³. Por tal razão, Andrade⁹⁴ leva a discussão para a necessidade de existir um mínimo que fosse direito de todas as pessoas independentemente das opções legislativas. Conforme afirma, os direitos sociais parecem estabelecer uma garantia de estabilidade quanto a um mínimo que se dirige ao fato de não poderem ser, pura e simplesmente, destruídas “situações ou posições” que coloquem em risco o “nível de realização do direito exigido pela dignidade da pessoa humana”⁹⁵. Tal garantia abrangeria, também, um máximo quando se considerem certas concretizações já “materialmente constitucionais”⁹⁶.

E, por fim, um grau intermediário que se ligaria a efeitos relacionados ao princípio da proteção da confiança, bem como “à necessidade de fundamentação dos atos legislativos retrocedentes num valor constitucional que no caso se revele mais forte”⁹⁷. Segundo Andrade⁹⁸ a incumbência estatal seria, ao menos, “a não tributação do rendimento necessário ao mínimo de existência”, na medida em que, se o Estado não tem o dever de dar um mínimo de existência a todos os cidadãos, não poderia lhe retirar aquilo que é indispensável à sua sobrevivência digna.

90 ANDRADE, 2001.

91 ANDRADE, 2001, p. 384.

92 ANDRADE, 2001.

93 ANDRADE, 2001.

94 ANDRADE, 2001.

95 ANDRADE, 2001, p. 391.

96 ANDRADE, 2001, p. 391.

97 ANDRADE, 2001, p. 391/392.

98 ANDRADE, 2001, p. 387.

Nesse cenário, entretanto, Andrade⁹⁹, Medeiros¹⁰⁰ e Novais¹⁰¹ advertem que não se deveria retirar dos preceitos constitucionais relativos aos direitos sociais o princípio do retrocesso social mantendo-se as realizações legislativas eventualmente concedidas. Sarlet¹⁰² afirma “a impossibilidade de se estabelecer, de forma apriorística e acima de tudo de modo taxativo, um elenco dos elementos nucleares do mínimo existencial, no sentido de um rol fechado de posições subjetivas correspondentes ao mínimo existencial”. De qualquer forma, Novais¹⁰³ revela que há quem defenda a aplicação absoluta da proibição do retrocesso social. Segundo alerta o autor, nesse caso, se retiraria do legislador toda a sua margem de conformação, tornando perpétuas as decisões tomadas por este e ignorando as implicações da reserva do financeiramente possível¹⁰⁴. Em virtude disso, Novais¹⁰⁵ considera que os direitos sociais são restringíveis desde que haja autorização constitucional, desde que os recursos financeiros assim o determine ou, ainda, desde que o órgão legislativo possua razões que justifiquem tal restrição (serão sindicadas pelo poder judicial). Por outro lado, Sarlet¹⁰⁶ afirma que tal liberdade de conformação do legislador encontraria limites “no momento em que o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não for respeitado, isto é, quando o legislador se mantiver aquém desta fronteira”.

Passando à consideração da administração no que diz respeito aos direitos sociais, temos que seu papel se relaciona, principalmente, à sua concretização. De acordo com o artigo 165º, nº 1º da Constituição o Governo poderá dividir competência com o legislativo quanto à tais direitos como, por exemplo, no caso da segurança social e dos serviços de saúde (artigo 165º, nº 1, alínea “f”).

Por fim, com relação aos tribunais, Correia¹⁰⁷ explica que sua função quanto aos direitos sociais estará limitada pelo espaço de conformação di-

99 ANDRADE, 2001.

100 MEDEIROS, 2002.

101 NOVAIS, 2004.

102 SARLET, 2007, p. 106/107.

103 NOVAIS, 2004.

104 NOVAIS, 2004.

105 NOVAIS, 2004.

106 SARLET, 2007, p. 104.

107 CORREIA, 2004, p. 970.

rigido ao legislador, não tendo tal órgão habilitação para interpretar os preceitos constitucionais de forma a retirar deles “conteúdos justiciáveis”. De acordo com Correia¹⁰⁸ e Novais¹⁰⁹, o juiz poderia, excepcionalmente, corrigir em função das circunstâncias do caso concreto as ofensas à dignidade da pessoa humana.

Analisando as diferentes perspectivas doutrinárias a respeito dos direitos sociais consideramos, a princípio, que tais direitos visam a estabelecer um projeto de vida em sociedade. Embora sejam dispostos por normas que, em alguns casos, necessitem de complementação legislativa, não podem restar, pura e simplesmente, dependentes e dirigidos à ação dos poderes constituídos. Estabelecidos dentro do âmbito dos direitos consagrados constitucionalmente, os direitos econômicos, sociais e culturais não podem ter sua eficácia remetida à eventual ação dos órgãos estatais. Ao contrário, sua consagração constitucional impõe ao Estado, ao menos, sua manutenção em relação àquilo que seja considerado indispensável; isto é, o Estado encontra-se obrigado a suportar algumas concessões que correspondam às condições mínimas para se levar uma vida digna. De fato, o Estado constituiu-se como provedor dos direitos sociais, devendo possibilitar e garantir meios de sobrevivência social.

Com relação às aplicações da proibição do retrocesso social e da reserva do possível, consideramos que tais critérios encontram-se limitados pela própria existência do ser humano. No que diz respeito à proibição do retrocesso social, ponderamos que as ingerências estatais no âmbito dos direitos sociais não podem encontrar-se fora daquilo que garanta a dignidade da pessoa humana. Por outro lado, quanto à reserva do financeiramente possível (que corresponde às possibilidades materiais do Estado), consideramos que esta não pode servir de base para que o Estado se exima de cumprir suas obrigações. As influências relacionadas a fatores materiais ou até políticos não podem desconsiderar o que venha a ser determinado como sendo fundamental à vida. Em virtude disso, afastamos a adoção absoluta de quaisquer dos parâmetros, acima referidos, como capazes de afastar a imposição de um padrão mínimo em relação às das normas de direitos sociais.

108 CORREIA, 2004.

109 NOVAIS, 2004.

4. Conclusões

Constatamos que os direitos, liberdade e garantias mantêm um sentido prevalecente de permitirem que os indivíduos possam exercer sua liberdade a despeito das tentativas de abuso por parte do Estado. Tais direitos parecem ter sido criados para assegurar, predominantemente, que os cidadãos pudessem ter liberdade para agir e conduzir sua vida em sociedade. Embora tenhamos em mente que a existência do aparelho estatal não seja compatível com uma consideração absoluta da autonomia do cidadão o fato é que os direitos de liberdade, de modo geral, encontram-se estabelecidos de forma a serem exercidos com a menor interferência possível. Com relação à imposição (estabelecida no artigo 18º, nº 1º da Constituição) que determina a aplicabilidade direta de suas normas acreditamos que isso importa, desde logo, seu exercício por quem seja seu titular. Dessa forma, os dispositivos constituintes dos direitos de liberdade afiguram-se, também, como uma garantia ao cidadão. Por outro lado, no que diz respeito à vinculação das entidades públicas todos os órgãos componentes do Estado deverão obediência ao disposto na Constituição (concebida como norma fundamental e suprema). No que toca às entidades privadas não consideramos que os direitos de liberdade possam as vincular da mesma forma que o Estado. Os direitos, liberdades e garantias consagrados constitucionalmente como garantia disposta aos cidadãos para exercerem sua liberdade com certa autonomia devem acarretar a vinculação das entidades privadas quando se destinarem às mesmas.

Passando à consideração dos direitos sociais, constatamos que estes parecem ter como função principal estabelecer e determinar um projeto de vida em sociedade. Em alguns casos, apesar de suas normas ficarem dependentes de conformação do legislador isso não significa que sua eficácia estará disponível aos poderes componentes do Estado. Embora alguns direitos sociais possam não corresponder à garantia imediata do seu cumprimento, até por causa da possibilidade de que seu conteúdo seja indeterminado, seu exercício quanto à um mínimo deverá estar assegurado. Refletindo a respeito de tais direitos, temos que o Estado não pode recusar-se da função que a Constituição impõe tendo em conta os direitos sociais. Nesse sentido, tais direitos garantem, ao menos, aquilo que seja considerado imprescindível para que as pessoas possam levar uma vida digna. No que concerne à reserva do possível e ao princípio do retrocesso

social, afastamos qualquer tipo de aplicação irrestrita dos critérios que lhes dão base teórica, uma vez que o limite de sua eventual utilização encontra-se vinculado, diretamente, a permitir condições mínimas de vida para os indivíduos. Isso significa que, na prática, a resolução de um impasse ligado à um direito social deve ser feita a partir da análise das circunstâncias do caso concreto. Deve-se procurar, nesse cenário, um entendimento coerente que alcance, para além das teses doutrinárias nessa matéria, a garantia da dignidade da pessoa humana.

5. Referências bibliográficas

- ALEXANDRINO, José de Melo. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*. Volume II. Coimbra: Almedina, 2006.
- ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos Fundamentais. Introdução Geral*. Estoril: Príncipeia, 2007.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- CORREIA, J. M. Sérvulo. Interrelação entre os regimes constitucionais dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais e o sistema constitucional de autonomia do legislador e interdependência de poderes: teses. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando Marques Guedes*. Lisboa, 2004, pp.969-970.
- MEDEIROS, Rui. O estado de direitos fundamentais portugueses: alcance, limites e desafios. *Anuário Português de Direito Constitucional*, Lisboa, v. 2, pp.23-43, 2002.
- NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. In: *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*. Coimbra, 2003, pp. 737-792.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 36, pp. 54-104, out./dez. 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 61, pp. 90-125, jan./mar. 2007.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G; MENDES, G. F. (Org.). *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, pp. 103-194.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23^a ed. São Paulo: Atlas, 2008.

Recebido em março/2010

Aprovado em julho/2010