

Miguel Nogueira de Brito

**UMA PROPOSTA
PARA A RECONSTRUÇÃO
TEÓRICA E DOGMÁTICA
DOS DIREITOS SOCIAIS**



AAF^{DL}
EDITORA

Lisboa / 2025

ÍNDICE

Introdução	13
 Capítulo I – Contraposição entre direitos de liberdade e direitos sociais	 25
1.1. Sentido da contraposição entre direitos de liberdade e direitos sociais e a sua diferença em relação a outras distinções conexas	25
1.1.1. Direitos civis e políticos e direitos económicos, sociais e culturais	26
1.1.2. Direitos de primeira, segunda e terceira geração	44
1.1.3. Liberdade, igualdade e fraternidade e outras trilogias	53
1.1.4. Liberdades económicas e direitos sociais fundamentais no direito da UE	62
1.1.5. Distinção entre «direitos, liberdades e garantias» e «direitos económicos, sociais e culturais» na Constituição de 1976	72
1.1.6. Direitos negativos e direitos positivos, e deveres correlativos	83
1.1.7. Direitos expressos e implícitos; direitos originários e derivados a prestações	97
1.1.8. Direitos completos e direitos em concreto	107
1.1.9. Direitos aspiracionais e direitos justiciáveis	111
1.2. Prioridade dos direitos de liberdade	115
1.2.1. Diferentes formulações da ideia de prioridade	115
1.2.2. Ideia de aptidões como tentativa de superação da ideia de prioridade dos direitos de liberdade	125
1.2.3. Inserção ambivalente dos direitos sociais entre os direitos de liberdade privada e os direitos de participação política	129

1.2.4. Sentido e alcance das ideias de indivisibilidade, interdependência e inter-relação entre direitos humanos e entre direitos fundamentais	134
1.2.4.1. Introdução; as dimensões política e jurídica da indivisibilidade	134
1.2.4.2. Inter-relação e permeabilidade entre direitos civis e políticos e direitos económicos, sociais e culturais?	137
1.2.4.3. Interdependência entre direitos civis e políticos e direitos económicos, sociais e culturais?	141
1.2.4.4. Indivisibilidade e interseccionalidade	146
1.2.4.5. Crítica da indivisibilidade como síntese acomodatória	151
1.2.5. Complexidade do sistema constitucional de liberdades e prioridade relativa dos direitos de liberdade	157
1.3. A jurisprudência do Tribunal Constitucional Sul-Africano como ponto de viragem na compreensão dos direitos sociais?	163
1.4. Conceito de direitos fundamentais sociais: centralidade da distinção entre direitos sociais a um mínimo e direitos sociais de cidadania	177

Capítulo II – Os direitos sociais entre os direitos humanos e os direitos fundamentais 185

2.1. Introdução	185
2.2. Distinção entre concepções naturalísticas e políticas dos direitos humanos e necessidade da sua superação	188
2.2.1. Concepções naturalísticas e políticas	188
2.2.2. Concepções políticas dos direitos humanos e respetiva descontinuidade em relação aos direitos fundamentais	192
2.2.3. Conceção dos direitos humanos na perspetiva da teoria dos sistemas sociais: entre integração e inclusão	196
2.2.4. Recusa de uma visão essencialista dos direitos humanos	206
2.3. Constitucionalização dos direitos humanos	209
2.3.1. Paradoxos dos direitos humanos	209

2.3.2. Constitucionalismo societal à margem do Estado	213
2.3.3. Transconstitucionalismo como <i>modus vivendi</i>	216
2.3.4. Pluralismo jurídico	222
2.3.4.1. Compreensão divergente do pluralismo e do constitucionalismo	225
2.3.4.2. Desobediência institucional como forma de articulação entre pluralismo e constitucionalismo	227
2.3.4.3. Formas fortes e fracas de diálogo entre tribunais	230
2.3.5. Concepções que salientam a interdependência e integração entre direitos humanos e direitos constitucionais	246
2.3.5.1. Repensar a complementaridade e a subsidiariedade	246
2.3.5.2. Constitucionalizar e democratizar o direito dos conflitos	249
2.3.6. Desfazer o paradoxo dos direitos humanos?	265
2.4. Influências recíprocas dos direitos humanos e dos direitos fundamentais	268
2.5. Tensão insuperável entre direitos humanos e direitos fundamentais	274
2.6. Direitos sociais como fator de aproximação entre direitos humanos e direitos fundamentais	279

Capítulo III – Direitos sociais e funções dos direitos

fundamentais	285
3.1. Funções dos direitos fundamentais	285
3.1.1. Introdução	285
3.1.2. Função de defesa	288
3.1.3. Função de igualdade	291
3.1.4. Função de prestação	294
3.1.5. Função de proteção	300
3.1.6. Garantia de organizações e procedimentos	312
3.1.7. Função de configuração	312
3.1.8. Funções e tipos de direitos fundamentais; articulação entre as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais	322

3.2. Relações entre as funções dos direitos fundamentais	325
3.2.1. Primazia da função de defesa	327
3.2.1.1. Introdução	327
3.2.1.2. Regressar ao Estado de direito liberal sem trair a vocação social do Estado	328
3.2.1.3. Conceção técnico-jurídica da função de defesa dos direitos fundamentais	333
3.2.1.4. Totalidade e reflexividade dos direitos de defesa	337
3.2.1.5. Os direitos fundamentais na defesa da sociedade contra o Estado	342
3.2.1.6. Alcance das conceções expostas	346
3.2.2. Nivelac�o das funções � luz da teoria dos direitos fundamentais como princípios	350
3.2.2.1. Introdução	350
3.2.2.2. Olhares americanos sobre a teoria dos direitos fundamentais como princípios	352
3.2.2.3. Críticas da teoria dos direitos fundamentais como princípios	362
3.2.2.4. Teoria dos direitos como princípios e função de prestac�o em sentido amplo	372
3.2.3. Pluralismo de funções dos direitos fundamentais	384
3.2.3.1. Introdução	384
3.2.3.2. Pluralismo incipiente centrado nas funções de defesa e de proteção	385
3.2.3.3. Pluralismo centrado no papel dinâmico das funções dos direitos fundamentais	389
3.2.3.4. Pluralismo assente no desenvolvimento dogmático da função de prestac�o a partir da função de defesa	402
3.2.3.5. Pluralismo gerado pelos deveres do Estado correlativos dos direitos fundamentais	417
3.3. Privilegiar a distinção entre direitos positivos e negativos sobre a distinção entre deveres de respeitar, de proteger e de realizar	419

Capítulo IV – Construção dogmática dos direitos sociais	425
4.1. Duas estratégias de judicialização dos direitos sociais	425
4.1.1. Direitos sociais como problema jurídico, ou como problema político	429
4.1.2. Modelo da resolução adjudicativa de disputas e modelo da governação judicial	440
4.1.3. Conclusão	464
4.2. Proibição do retrocesso social	474
4.2.1. Introdução: princípio absoluto ou relativo?	474
4.2.2. Realização progressiva dos direitos económicos, sociais e culturais	479
4.2.3. Realização progressiva e proibição do retrocesso na jurisprudência do Tribunal Constitucional	492
4.2.4. Conclusão	511
4.3. Dicotomia de direitos ou tricotomia de deveres?	515
4.3.1. Miragem de um Estado e constitucionalismo positivos	515
4.3.2. Críticas à distinção entre direitos negativos e positivos	519
4.3.3. Refutação das críticas	527
4.3.4. Conclusão	538
4.4. Tutela negatória dos direitos fundamentais sociais	539
4.4.1. Introdução: três modelos para uma dogmática dos direitos sociais	539
4.4.2. Omissões como restrições de direitos fundamentais sociais	547
4.4.3. Criação de opostos constitucionais à omissão de cumprimento dos direitos sociais através do legislador	560
4.4.4. Configuração e restrição de direitos fundamentais	573
4.4.5. Conclusão	600
4.5. Direitos individuais e garantias institucionais na dogmática dos direitos fundamentais sociais	603
4.6. Reserva do possível	615
Bibliografia	625

INTRODUÇÃO

1. A determinação do conceito e do regime dos direitos sociais vive numa difícil tensão entre a tendência para a clara diferenciação desta categoria dos direitos fundamentais em relação à dos clássicos direitos de liberdade e a tendência oposta para a indiferenciação das duas categorias. Em qualquer dos casos, pode bem dizer-se que apurar o que são os direitos sociais continua a ser tudo menos claro¹. Esta afirmação, se faz hoje menos sentido quanto a saber se os direitos sociais são verdadeiros direitos fundamentais, mantém inteira razão de ser quando se trata de aprofundar o conceito e de o delimitar em face dos direitos clássicos de liberdade. Trata-se, de resto, de uma afirmação que não vale apenas para países, como a Alemanha, em que a expressão «direitos sociais» não encontra guarida no texto da constituição, cabendo inteiramente ao jurista discernir os seus elementos². Também em Portugal, apesar de a Constituição de 1976 se ocupar longamente dos direitos sociais, se torna necessária essa tarefa, precisamente em função da presença marcada na nossa literatura jurídica das duas tendências opostas que se começou por apontar³.

Como exemplo da primeira tendência, no sentido de uma clara diferenciação entre direitos fundamentais sociais e direitos fundamentais de liberdade, pode ser apontada a construção de José Carlos Vieira de Andrade. Segundo este autor, e sem prejuízo de posteriores desenvolvimentos, «as normas que preveem os direitos (sociais) a prestações, contêm *diretivas*

¹ Cf. Klaus Lange, “Soziale Grundrechte in der deutschen Verfassungsentwicklung und in den derzeitigen Länderverfassungen”, 1981, p. 49.

² Cf. Etienne Grisel, “Les Droits Sociaux”, 1973, p. 13.

³ Já mencionando essas duas tendências, cf. Miguel Nogueira de Brito, “O Ordenamento Constitucional Português e a Garantia de um Mínimo de Subsistência”, 2014, pp. 1109 ss.

para o legislador ou, talvez melhor, são *normas impositivas de legislação*, não conferindo aos seus titulares verdadeiros poderes de exigir, porque visam, em primeira linha, indicar ou impor ao Estado que tome medidas para uma maior satisfação ou realização concreta dos bens protegidos»⁴. Os direitos sociais, contidos no Título III da Parte I da constituição de 1976 seriam, pois, direitos a «prestações sujeitas a determinação política», por oposição aos direitos de liberdade, maioritariamente contidos no Título II da mesma Parte I, que seriam verdadeiros direitos de «conteúdo constitucionalmente determinável»⁵.

Exemplo mais acabado da segunda tendência é, por seu turno, a teoria dos direitos sociais desenvolvida por Jorge Reis Novais. Para este autor, e igualmente sem prejuízo de maiores desenvolvimentos adiante dedicados à sua teoria, as normas constitucionais relativas aos direitos sociais são aquelas que, dizendo respeito «a bens de que as nossas sociedades não dispõem em abundância, mas que são indispensáveis ao bem-estar e a uma vida digna», «impõem ao Estado, não apenas o dever de respeitar e proteger o acesso a tais bens que os particulares alcançam através de meios próprios, não apenas a garantia geral e abstrata de acesso a esses bens por parte de todos os indivíduos, como acontece com todos os direitos fundamentais, mas também a realização de prestações fácticas destinadas a promover o acesso a esses bens económicos, sociais ou culturais a quem não dispõe de recursos próprios para os alcançar»⁶.

A tripartição que se acaba de mencionar dos deveres estatais relativamente aos direitos sociais (dever de respeitar, dever de proteger e dever de realizar), desenvolvida primeiramente no direito internacional dos direitos humanos, tem, segundo Reis Novais, «grande importância», na medida em que «delimita e identifica, de forma simples e iluminante, o leque dos deveres

⁴ Cf. José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2021, p. 353; idem, “Der Schutz der sozialen Grundrechte in der Rechtsordnung Portugals”, 2010, pp. 544-545.

⁵ Cf. José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2021, p. 178.

⁶ Cf. Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, 2010, p. 42.

estatais no domínio dos direitos sociais e a respetiva natureza e, sobretudo, se bem enquadrada, pode constituir, em nosso entender, a base para uma compreensão adequada de uma dogmática geral e unitária dos direitos fundamentais no seu conjunto»⁷. É que, com efeito, segundo este modo de ver, tanto os direitos sociais como os direitos de liberdade dariam origem a deveres do Estado de respeitar, de proteger e de realizar⁸.

Nenhuma das duas teorias apontadas é inteiramente nova⁹, tal como não o é aquela que adiante se procura defender, mas as mesmas exprimem em termos consistentes e coerentes duas importantes posições que é possível enunciar na matéria. A divergência não se suscita propriamente em relação à proposição segundo a qual os direitos sociais dependem, no seu núcleo próprio, da decisão política do legislador, ao contrário do que sucede com os direitos clássicos de liberdade; a verdadeira divergência suscita-se, antes, em relação à questão de saber como se posiciona a decisão política do legislador em relação ao conteúdo dos direitos fundamentais sociais.

Assim, para Vieira de Andrade, só uma vez emitida a legislação destinada a executar os preceitos constitucionais correspondentes é que os direitos sociais se consolidarão como direitos subjetivos plenos, mas não valem, então, como direitos constitucionais, senão enquanto direitos legais¹⁰. Para Reis Novais, pelo contrário, aquilo que o legislador faz de materialmente relevante na concretização dos direitos fundamentais, sejam eles direitos de liberdade ou direitos sociais, «respeita ao direito fundamental, integra o respetivo conteúdo, integra a norma de direito fundamental»¹¹.

⁷ Cf. Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais*, 2010, p. 42.

⁸ Cf. Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais*, 2010, pp. 255 ss.

⁹ A posição de Vieira de Andrade exprime um certo entendimento da dogmática constitucional, essencialmente presente na obra de constitucionalistas como Ernst-Wolfgang Böckenförde, Bernhard Schlink e Ralf Poscher, sobre o tema dos direitos sociais, enquanto a posição de Reis Novais dá sequência à ideia de indivisibilidade dos direitos humanos e da distinção que aí foi promovida, com base no pensamento de Henry Shue, adiante exposta, entre deveres de respeitar, de proteger e de realizar como correlativos de todos os direitos humanos, sejam eles quais forem.

¹⁰ Cf. José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2021, pp. 356-357.

¹¹ Cf. Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais*, 2010, p. 154.

Não é este, no entanto, o único modo de encarar a divergência quanto à compreensão dos direitos fundamentais sociais. Com efeito, esta divergência separa também os autores que encaram os direitos fundamentais em geral como princípios, mais precisamente como «normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes»¹², daqueles autores que, sem porem necessariamente em causa que as normas dos direitos fundamentais sociais sejam princípios, procuram antes atribuir-lhes sentido através do respetivo enquadramento em outras funções específicas dos direitos fundamentais, em que aqueles se incluem, distintas da clássica função de defesa. Trata-se das funções de prestação e de configuração dos direitos fundamentais sociais. Através da função de prestação o Estado garante requisitos mínimos para a existência do cidadão e, além disso, estabelece as instituições encarregadas da distribuição de certos recursos materiais, como a saúde, a educação e a habitação, em condições de igualdade entre todos os membros da comunidade política. Por outras palavras, através da função de prestação são criadas as bases materiais necessárias para o exercício dos direitos de liberdade. Por sua vez, a função de configuração diz respeito à atividade que recai sobre o legislador no sentido de dar forma a certas liberdades que carecem de ser normativamente constituídas, como a propriedade, e também materialmente, no caso dos direitos sociais.

2. Antes de aprofundar os respetivos conceito e regime e de tomar posição sobre as diversas tendências apontadas, convém indicar, como ponto de partida, o traço essencial dos direitos sociais, expressão que aqui é também usada, embora não sempre, como sinónimo de «direitos socioeconómicos», ou «direitos económicos, sociais e culturais», segundo a expressão da epígrafe do já mencionado Título III da Parte I da Constituição de 1976 e do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, aprovado em 1966 e assinado pela República Portuguesa em 1976¹³.

¹² Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2008, p. 90. Esta definição dos princípios é contestada, designadamente por seguidores de Alexy, mas trata-se de um aspeto que agora não releva (cf., no entanto, *infra* Cap. VIII, 8.2.2.3.).

¹³ Aprovado para ratificação pela Lei n.º 45/78, de 11 de julho.

Trata-se, como já referido, dos direitos a prestações do Estado em diversos domínios, como o emprego, a saúde, a habitação, a saúde, o ambiente e a educação. Neste sentido, estão essencialmente em causa direitos positivos, isto é, direitos a uma atuação positiva do Estado. O conceito de direitos sociais tem assim como traço essencial ser um direito a prestações do Estado, tendo como correlativo deveres do Estado de satisfazer tais prestações. Nisto consistiria a sua marca distintiva em relação aos clássicos direitos de liberdade, que se apresentam como direitos a uma omissão do Estado, isto é, direitos que têm como correlativo um dever de respeito pelo Estado, no sentido de não interferir no exercício do direito pelo seu titular.

Esta é uma determinação muito simples do conceito, assente no pressuposto de que, na maior parte dos casos, os direitos sociais que, em concreto, os seus titulares pretendem exercer são direitos a uma atuação positiva do Estado, sem prejuízo de o correspondente direito social, considerado em abstrato, poder abranger também outros direitos concretos que implicam, pelo contrário, uma abstenção do Estado. O mesmo vale, também, embora inversamente, para os direitos clássicos de liberdade. Dito de outro modo, no primeiro caso, o particular pretende que o Estado lhe atribua uma habitação, lhe conceda um tratamento médico, lhe assegure um lugar numa escola pública, mas também pode pretender que o Estado não o prive da habitação que num determinado momento seja a sua, nem proíba o tratamento médico que venha seguindo, ou ainda determine o encerramento de uma escola pública, sem apresentar uma alternativa viável. As diversas pretensões a que, em concreto, se aludiu são abrangidas pelo direito social em abstrato – o direito à habitação, o direito à saúde, o direito à educação – mas enquanto as primeiras implicam deveres positivos do Estado, as segundas dão origem a deveres negativos. Do mesmo modo, no segundo caso mencionado, o particular pode pretender que o Estado não o impeça de se movimentar livremente no território nacional, mas também que crie condições que essa mobilidade possa ter lugar em segurança. Também aqui é possível descortinar diversas prestações em concreto reunidas no mesmo direito de liberdade considerado em abstrato, isto é, a liberdade de movimentação e deslocação.

A presente investigação visa, pois, aprofundar o conceito de direitos sociais num contexto em que a apontada tendência para a respetiva indiferenciação no seio dos direitos fundamentais parece alcançar maior difusão. Esta indiferenciação, embora apresentando maior consistência e repercussão no plano da consideração dos direitos sociais como direitos humanos, onde adquire livre curso através da ideia da indivisibilidade dos direitos humanos e da distinção entre os deveres do Estado correlativos de todos esses direitos, encontra também reflexos no plano da consideração dos direitos sociais como direitos fundamentais no plano estadual. O propósito das reflexões subsequentes consiste em repensar os direitos sociais no contexto da prioridade das liberdades negativas no sistema das liberdades constitucionais e em situá-los, no plano da dogmática dos direitos fundamentais, no contexto de uma tutela negatória dos direitos. Sem pôr em causa a sua definição como sendo, em regra, direitos a prestações positivas do Estado, o que se pretende demonstrar é a que a sua tutela judicial efetiva depende, pelo menos no modelo de controlo judicial da efetivação dos direitos sociais em que se integra a prática desenvolvida pelo Tribunal Constitucional à luz da Constituição de 1976, da respetiva transformação em direitos a uma omissão. Dito de outro modo, a tutela dos direitos sociais é, a luz da Constituição de 1976, uma tutela essencialmente defensiva, cuja efetividade depende da aptidão e do empenho do ordenamento jurídico no que diz respeito a transformar uma inconstitucionalidade por omissão numa inconstitucionalidade por ação.

3. As considerações adiante desenvolvidas sobre o conceito e regime dos direitos sociais assentam num pressuposto que convém, logo à partida, assumir abertamente. Trata-se da reação aos efeitos nefastos decorrentes de uma dogmática e teoria dos direitos fundamentais que procuram desvalorizar a centralidade da respetiva consideração como direitos essencialmente negativos, isto é, como direitos a uma inação do Estado, em prol da importância dos deveres do Estado a que todos os direitos fundamentais dão azo, sejam eles direitos positivos ou negativos.

A proposta de reconstrução da dogmática dos direitos fundamentais sociais à luz da Constituição de 1976 prende-se com o propósito de encontrar

para essa reconstrução uma base que rejeite as compreensões totalizantes dos direitos sociais. Estas compreensões são próprias de, por sua vez, uma compreensão do Estado que, inconsciente do modo de funcionamento próprio dos subsistemas sociais político, económico e jurídico, julga ser possível intervir eficazmente em todos os domínios, em todas as esferas da existência humana. Um Estado, por outras palavras, em que todas as questões sociais e económicas são tratadas como questões políticas, mas em que paradoxalmente à política deixa de ser reconhecida energia suficiente para adjudicar os conflitos decorrentes das pretensões expansivas dos diferentes sistemas sociais. Tais compreensões totalizantes, assumindo-se embora, por vezes, como «amigas» dos direitos sociais, são, na realidade, as principais causadoras da sua ruína.

O que são, todavia, as dogmáticas totalizantes dos direitos sociais? Estas últimas apresentam-se sob diversas vestes, mas partilham um traço comum, que consiste na rejeição da categoria da distinção e na sua substituição pela categoria da unidade como aspeto fundador de uma compreensão dogmática adequada dos direitos sociais. Esta substituição é visível em todas as dogmáticas totalizantes.

Desde logo, a mesma está bem presente na (i) tentativa de superar, ou pelo menos relativizar, a distinção entre direitos negativos, a que se reconduzem a generalidade dos direitos clássicos de liberdade, e direitos positivos, em que se incluem os direitos a prestações do Estado, através da afirmação da existência de deveres do Estado de respeitar, de proteger e de realizar para todos os tipos de direitos, sejam eles negativos ou positivos. O impulso mais forte para reconstrução dos direitos neste sentido provém da ideia de indivisibilidade dos direitos humanos, a entender não apenas no sentido “fraco” de os diferentes direitos humanos fazerem, todos eles, parte de uma unidade complexa de sentido, mas no sentido “forte” de a realização de uns implicar necessariamente a realização de outros e ainda no sentido de todos eles apresentarem uma estrutura idêntica, na perspetiva dos deveres correlativos aos direitos. É interessante notar que a categoria da distinção não é aqui propriamente eliminada, mas transferida dos direitos para os deveres.

O mesmo impulso totalizante encontra-se ainda na (ii) tentativa de encontrar no princípio da proporcionalidade o único instrumento disponível

para avaliar, não só a constitucionalidade das restrições legislativas de direitos fundamentais, mas também para aferir da conformidade constitucional das omissões legislativas suscetíveis de realizar os direitos sociais.

Por último, é igualmente exemplo da tendência a que se vem aludindo (iii) o apelo a modelos democráticos experimentalistas no âmbito dos quais cabe aos tribunais arbitrar a efetivação dos direitos sociais através da mediação entre os diversos interessados nos processos judiciais em que os mesmos são invocados, incluindo cidadãos, agências governamentais e empresas privadas.

Sem prejuízo da crítica a que devem ser sujeitas estas dogmáticas totalizantes, adiante desenvolvidas, tal crítica não deve ser feita com base em qualquer recuperação dos dualismos cortantes em que tradicionalmente se alicerçava a construção constitucional do Estado liberal, em particular o dualismo entre Estado e sociedade. O dualismo entre Estado e sociedade é, com efeito, largamente responsável pela ideia, que hoje já não pode aceitar-se, de uma esfera social isenta do Estado e imune à necessidade de justificação em termos de direitos fundamentais. Ao mesmo tempo, não se pretende pôr em causa a necessidade de tais dualismos, mas apenas a sua compreensão em moldes estritamente binários.

4. Cabe, por último, aqui apresentar, de forma resumida, os principais traços da argumentação que vai seguir-se. Assim, os quatro capítulos incluídos na presente obra procuram esboçar uma proposta de reconstrução teórica e dogmática dos direitos fundamentais sociais. As coordenadas em que se assenta essa proposta são essencialmente as que se passa a indicar.

Em primeiro lugar, (i) a proposta em causa assenta na prioridade relativa dos direitos negativos sobre os direitos positivos, e dos direitos de liberdade sobre os direitos sociais, na estruturação do sistema constitucional de liberdades. Prioridade relativa significa aqui aceitar que a causa dos direitos sociais mostra-se melhor assegurada pela extensão do controlo judicial próprio das ações ao âmbito de proteção dos direitos sociais do que pela admissão da possibilidade de controlo judicial de uma omissão.

Em segundo lugar, (ii) a mesma proposta pressupõe a existência de uma relação próxima de co-implicação ou co-originalidade entre direitos

humanos e direitos fundamentais, sendo que o cunho mais marcadamente individualista dos primeiros, por oposição ao carácter político dos segundos, dá azo a uma tensão entre direitos fundamentais e direitos humanos dificilmente superável, mesmo através do desenvolvimento de formas de diálogo entre tribunais internacionais, ou supranacionais, e tribunais nacionais. O motor dessa relação de tensão criativa reside, em especial no caso dos direitos sociais, nos desenvolvimentos dogmáticos e jurisprudenciais dos direitos fundamentais nos diversos Estados.

Em terceiro lugar, *(iii)* a proposta rejeita a concepção, inicialmente desenvolvida no âmbito da doutrina dos direitos humanos, que afirma a indivisibilidade, em sentido forte, destes últimos e sustenta que todos eles geram, sensivelmente nos mesmos termos, deveres de respeitar, de proteger e de promover por parte do Estado. Em vez disso, defende-se uma compreensão dos direitos fundamentais assente na distinção entre direitos negativos e direitos positivos e na distinção entre as diferentes funções dos direitos fundamentais, sobretudo explorada pela doutrina constitucional alemã.

Em quarto lugar, *(iv)* defende-se uma teoria das funções dos direitos fundamentais à luz da qual a função defensiva assume uma prioridade não quanto ao objeto da proteção, mas quanto ao modo da proteção, uma vez que os direitos a prestações em sentido amplo serão tanto mais objeto de uma adequada tutela judicial quanto mais para eles seja possível estabelecer uma estrutura negatória, o que pressupõe uma intervenção do legislador configuradora desses direitos que seja posteriormente afetada pelo mesmo legislador.

Em quinto lugar, *(v)* a intervenção do legislador na determinação do âmbito de proteção de um direito fundamental normativamente constituído, como sucede com os direitos sociais, pode ser qualificada como uma configuração ou uma restrição consoante a natureza do propósito prosseguido pela lei: se a lei se destina apenas a constituir ou a delinear o âmbito de proteção do direito fundamental, ou seja, se prossegue um propósito interno na perspetiva desse direito fundamental, deparamo-nos com uma medida de configuração; se, porém, a lei não visa especificar o objeto da proteção, mas sim proteger outro bem jurídico, a mesma prossegue uma finalidade externa ao direito fundamental baseado em normas e constitui uma restrição do mesmo.

Se é clara a distinção entre os pressupostos de uma configuração ou de uma restrição de direitos fundamentais sociais, já os requisitos a que deve obedecer uma configuração de direitos não divergem substancialmente daqueles a que a constituição submete as restrições. Assim, para além de exigências específicas decorrentes da Constituição para a configuração de cada direito social, a configuração de direitos está ainda sujeita às exigências gerais decorrentes dos princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade, ainda que a intensidade do controlo jurisdicional possa ser menos intensa do que no caso das restrições.

Em sexto lugar, (vi) procede-se a uma reorientação da ideia de mínimo social como base dos direitos sociais, no sentido de o respetivo conteúdo não ser determinado direta e unilateralmente pelo juiz, mas antes pelo legislador em obediência às exigências dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da igualdade.

Em sétimo lugar, (vii) propõe-se uma distinção substancial entre direitos fundamentais sociais como direitos a um mínimo social e como direitos sociais de igual cidadania, podendo ambos ser considerados como direitos individuais e garantias institucionais, consoante o contexto em que surja a necessidade da respetiva tutela.

Em oitavo lugar, (viii) defende-se uma reconstrução dogmática dos direitos fundamentais sociais em termos de a avaliação da respetiva violação pressupor os seguintes passos: (a) determinação do âmbito de proteção do direito fundamental social, ou garantia institucional, tendo em conta o disposto na constituição e no direito ordinário em vigor; (b) verificação da existência de um caso de configuração ou restrição legislativas desse direito, segundo o legislador prossiga, respetivamente, uma finalidade interna ou externa ao direito fundamental social em causa; (c) concluindo-se pela existência de uma restrição do direito fundamental social, segue-se a respetiva justificação constitucional, à semelhança do que sucede com o exame padrão da violação dos direitos fundamentais em três passos; (d) concluindo-se, pelo contrário, pela existência de um caso de configuração legislativa do direito fundamental social em causa, deve a mesma ser avaliada à luz da satisfação, consoante os casos, dos requisitos do direito ao mínimo de subsistência condigna ou da garantia institucional do direito

em causa e da reserva do que é financeira e politicamente possível, bem como à luz das exigências da proporcionalidade e ainda dos princípios da igualdade e da confiança.

5. Por último, algumas palavras sobre a escolha do tema do presente estudo. O interesse do desenvolvimento de uma teoria e de uma dogmática dos direitos fundamentais sociais é o de contribuir para a caracterização do constitucionalismo em cuja prática os mesmos se inserem. Em que medida o reconhecimento e efetivação dos direitos sociais alteram a caracterização tradicional do constitucionalismo como conjunto de práticas institucionais que visam a limitação do poder político no confronto com os cidadãos? Ainda que a resposta a esta questão já não tenha, hoje, por base a visão otimista que era possível encontrar no decorrer dos “trinta anos gloriosos”, dela depende a própria viabilidade da nossa vivência segundo as regras de um Estado constitucional. Não se trata simplesmente de garantir as liberdades individuais negativas, mas de compreender que essa realização pressupõe um sistema constitucional complexo de liberdades muito mais vasto e variado e, ao mesmo tempo, que esse sistema cobra o seu sentido último na garantia daquelas liberdades.