

NOTAS SOBRE UMA CONCEPÇÃO
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS*

José Melo Alexandrino

Saúdo antes de mais o caríssimo Professor Doutor Ingo Sarlet, desde logo pelo extraordinário sucesso deste Curso e naturalmente também pela amabilidade de acolher a iniciativa deste debate, realizado no âmbito do *seu* curso e sob a sua distinta presidência.

Saúdo também, com amizade, os Senhores Professores que participam nesta iniciativa e todas as pessoas que nos dão a honra de estar presentes.

Sendo o tempo escasso e o tema excessivo, entro já na matéria.

Para respeitar o tempo que me foi destinado, mas também para simplificar e tornar mais nítido o recorte das várias concepções dos *direitos fundamentais sociais* (isto é, dos direitos económicos, sociais e culturais consagrados na Constituição como situações jurídicas pessoais, permanentes e universais), resumi a minha intervenção a dez tópicos.

1. Não tenho nem sigo nenhuma teoria jurídica sobre os direitos fundamentais sociais. Deixem-me confessar que, por diversas razões, de que a mais impressiva talvez seja o facto de me lembrar da afirmação de Tolstói segundo a qual “apenas os alemães podem ser convencidos com base numa ideia abstracta”¹, não sou grande apreciador de teorias gerais. Digamos que as utilizo com moderação².

* Tópicos preparados para o Debate sobre Direitos Sociais realizado em 2 de Março de 2012, com a participação dos Professores Jorge Miranda, Ingo Sarlet, Jorge Reis Novais, Luís Pereira Coutinho e o signatário, no âmbito do Curso “Os Direitos Sociais como Direitos Humanos e Fundamentais – uma perspectiva transconstitucional”, leccionado pelo Prof. Doutor Ingo Wolfgang Sarlet na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, entre 27 de Fevereiro e 2 de Março de 2012.

2. Não tendo uma teoria, tenho no entanto defendido uma certa concepção dos direitos fundamentais sociais e caso a quiséssemos baptizar – apenas para efeito deste debate, bem entendido – podíamos designá-la de “teoria integrada constitucionalmente adequada e dogmaticamente responsável dos direitos fundamentais sociais”.

3. *Integrada*, porque é uma concepção que faz uso de uma perspectiva interna (cingida, em sentido estrito, à Ciência do Direito constitucional e, em sentido amplo, aberta ao próprio transconstitucionalismo)³, mas também de uma perspectiva externa ao sistema jurídico (que também considera dimensões filosóficas, políticas, económicas e históricas).

Adequada, porque é uma concepção que tem em conta os dados de cada ordenamento em concreto (a começar pelos textos e suas opções, e a prosseguir na doutrina, na jurisprudência e na *praxis*).

Responsável, porque o jurista é sem dúvida alguém que desenvolveu uma capacidade especial de observação do Mundo do Direito, mas nem por isso o jurista está inibido de olhar também o extra-jurídico e de calibrar a essa luz o alcance final das suas construções, num determinado contexto da cultura.

4. O que são então os direitos fundamentais sociais?

Tal como os direitos, liberdades e garantias (na Constituição de 1976), os direitos fundamentais sociais são *estruturas constitucionais*: “mais ou menos complexas, essas ‘estruturas’ podem ou não ser decomponíveis em estruturas menores ainda complexas

¹ Lev Tolstói, *Voiná i mir*, tradução port. de Nina Guerra e Filipe Guerra, *Guerra e Paz*, Livro III, Lisboa, 2005, p. 59.

² Quanto ao peso das razões de ordem metodológica, José de Melo Alexandrino, «Prólogo a um Curso de Ciência da Administração», in *Revista de Direito Público*, n.º 01 (2009), pp. 206 ss., com outras indicações.

³ Admitindo expressamente a abertura ao Direito internacional dos direitos humanos, José Melo Alexandrino, «A indivisibilidade dos direitos do homem à luz da dogmática constitucional», in *O Discurso dos Direitos*, Coimbra, 2011, pp. 185-186; marcando, no entanto, alguns planos de diferenciação relevantes, José Melo Alexandrino, «Hermenêutica dos direitos humanos», in *ibidem*, pp. 207 ss.

(direitos-quadro, *cluster-rights*, direitos principais) e estas, por sua vez, compreendem outras estruturas progressivamente mais simples, até se chegar às situações jurídicas mais elementares (ou analíticas)”⁴.

5. Ora, essas estruturas, garantidas em normas constitucionais (“normas de garantia”), são múltiplas (artigos 58.º a 79.º da Constituição)⁵, são juridicamente diferenciadas (como decorre claramente do *marcante*, e relativamente desprezado, artigo 17.º da Constituição)⁶ e são complexas (estamos em geral perante situações jurídicas compreensivas ou direitos fundamentais como um todo)⁷. Não há por isso possibilidade de explicações simples a seu respeito⁸.

6. As explicações podem, em todo o caso, ser mais ou menos abrangentes: a minha concepção (tal como a do Professor Ingo Sarlet) é abrangente, mas, na perspectiva interna da Ciência do Direito, acolhe os elementos essenciais da caracterização dos direitos sociais feita pelo Professor Jorge Reis Novais⁹.

7. Há, no entanto, uma grande divergência, uma verdadeira *clivagem* com a teoria do Professor Reis Novais: tem a ver com a natureza e o regime aplicável aos “direitos a prestações derivados da lei”: para mim (tal como para o Professor Jorge Miranda)¹⁰,

⁴ José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*, vol. II – *A construção dogmática*, Coimbra, 2006, p. 31, nota 50.

⁵ E talvez tenha sido essa variedade a levar o Professor Jorge Reis Novais a concentrar-se num núcleo muito reduzido de seis direitos (cfr. Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais – Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra, 2010, pp. 40-41).

⁶ Sobre o sentido desse preceito-chave, por todos, José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, vol. II, pp. 252 ss.; Id., *Direitos Fundamentais – Introdução Geral*, 2.ª ed., Cascais, 2011, pp. 49 ss.; Jorge Miranda / Rui Medeiros, «Artigo 17.º», in Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra, 2010, pp. 303 ss.

⁷ Com indicações, José Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, pp. 26 ss.; Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais...*, pp. 34, 110 ss., 255 ss.

⁸ A este propósito, lembrando justamente a fórmula de Hans Jarass, cfr. Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais...*, p. 267.

⁹ Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais...*, pp. 45 ss.; José Melo Alexandrino, «A indivisibilidade dos direitos...», pp. 193 ss.; Id., *Direitos Fundamentais...*, pp. 43 ss.

¹⁰ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV – *Direitos Fundamentais*, 5.ª ed., Coimbra, 2012, pp. 110, 494.

não são direitos fundamentais, embora beneficiem em parte do regime destes¹¹. As razões desta divergência prendem-se, muito simplesmente, com o conceito de direito fundamental¹².

8. Há naturalmente diversos outros pontos de divergência, mas não são verdadeiramente de substância, mas sim de narrativa¹³, como seria de certo modo inevitável diante de um autor *dividido* entre a ênfase da distinção e a da identidade dos dois tipos de direitos¹⁴.

9. Já a construção teórica (inspirada em Cass R. Sunstein) dos direitos sociais como “compromissos normativos da comunidade”, apesar do que tem de relevante (assinalar a proeminência da função de mediação e de garantia a reconhecer à maioria e o papel desta na justificação sobre o estabelecimento dos encargos), suscita-me duas observações críticas liminares (agora numa linha de aproximação ao Professor Ingo Sarlet)¹⁵: a primeira é a de que a mesma não faz justiça à positividade dos direitos fundamentais sociais¹⁶, nem ao sentido político do catálogo de direitos sociais numa Constituição como a portuguesa ou como a brasileira; a segunda é a de fazer nesse contexto um excessivo apelo à dignidade humana, que deve, a meu ver, *simplesmente* ser deixada em paz, para não ficarmos envergonhados perante a realidade social e para não banalizarmos mais uma vez a referência cimeira do sistema¹⁷.

¹¹ José Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 44.

¹² José Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, pp. 23 ss., 157.

¹³ Como tentei dizer com o recurso ao verso de Ésquilo, no *Prometeu Agrilhado*: “Ofereço-te uma de duas narrativas” (cfr. José Melo Alexandrino, «A indivisibilidade dos direitos...», p. 179).

¹⁴ Foi essa a leitura – a meu ver, inteiramente acertada – feita pelo Professor Jorge Miranda, perante a *dualidade interna* da teorização de Jorge Reis Novais (cfr. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, p. 109).

¹⁵ Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 10.ª ed., Porto Alegre, 2009, pp. 198 ss., 280 ss.

¹⁶ Sobre as consequências imediatas da positividade de um direito fundamental, José Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais...* p. 23-24, nota 37; desenvolvidamente, sobre a relevância jurídica dos direitos fundamentais sociais enquanto direitos positivos, Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais...*, pp. 304 ss.

¹⁷ Sobre esses problemas, José Melo Alexandrino, «Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções», in *O Discurso dos Direitos*, pp. 15 ss.

10. Por fim, não tenho nenhuma objecção de fundo à construção dos direitos fundamentais sociais feita pelo Professor Jorge Miranda e também não vi nos seus estudos mais recentes qualquer objecção a teses minhas, o que não quer dizer que não haja divergências relativamente a questões pontuais, como, por exemplo, a respeito do conteúdo essencial dos direitos sociais ou a respeito de se deverem considerar também estes direitos limites materiais de revisão constitucional (ou cláusulas pétreas)¹⁸.

¹⁸ Cfr. Jorge Miranda, *Os novos paradigmas do Estado social*, 2011, Belo Horizonte, pp. 12, 14 (texto acessível em <www.icjp.pt/system/files/papers/1116-2433.pdf>); de forma mais mitigada, quanto ao segundo aspecto, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, p. 405.