

DIREITOS SOCIAIS: TEORÍA JURÍDICA DOS DIREITOS SOCIAIS ENQUANTO DIREITOS FUNDAMENTAIS

JORGE REIS NOVAIS*

AMANDA COSTA THOMÉ TRAVINCAS**

RESUMO: A presente resenha constitui uma síntese dos principais aportes à defesa de uma dogmática unitária dos direitos fundamentais apresentados por Jorge Reis Novais, em sua mais recente obra. Neste sentir, confere ênfase às razões de enfraquecimento da distinção entre direitos de liberdade e direitos sociais; expõe os fatores que, segundo o autor, verdadeiramente justificam diferenciações no trato dogmático dos direitos fundamentais, a saber, a densidade da norma constitucional, o dever estatal dela decorrente e a distinção entre as suas dimensões positiva e negativa; e, por fim, explicita as implicações deste modelo no plano jurídico-constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Sociais. Direitos de Liberdade. Dogmática unitária dos Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: This book review constitutes a synthesis of the main arguments, as presented by Jorge Reis Novais in his latest work, favoring an unitarian fundamental rights theory. It thus emphasizes the reasons for the weakening of the distinction between freedom rights and social rights; it exposes elements that, according to the author, truly justify different dogmatic treatment between fundamental rights, that is, the constitutional norm's density, the state duty deriving from such norm and the distinction between its positive and negative dimensions; and, lastly, it explains this model's implications to the constitutional legal order.

KEYWORDS: Social Rights. Freedom Rights. Unitarian Fundamental Rights Dogmatic.

SUMÁRIO: Introdução; 1. O problema da natureza dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais; 2. Objeções dogmáticas ao reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais; 3. Modelos de atribuição de relevância jurídico-constitucional aos direitos sociais; 4. Os direitos sociais numa dogmática unitária de direitos fundamentais; 5. Os direitos sociais na ordem jurídica portuguesa; Conclusão; Referências.

SUMMARY: Introduction; 1. The problem of the nature of social rights as fundamental rights; 2. Dogmatic objections to the recognition of social rights as fundamental rights; 3. Models for granting constitutional relevance to social rights; 4. Social rights in an Unitarian fundamental rights dogmatic; 5. Social rights in the Portuguese legal order; Conclusion; References.

Artigo recebido em 30.06.2010 e aprovado para publicação pelo Conselho Editorial em 07.07.2010.

* NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra, 2010.

** Mestranda em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Bolsista CNPq.

INTRODUÇÃO

As controvérsias acerca dos direitos sociais ocupam um lugar de destaque na dogmática constitucional contemporânea, ainda em países que – como Portugal e Brasil – consagram expressamente, em seus textos constitucionais, um rol de direitos daquela natureza, atestando, de tal modo, a sua fundamentalidade. Não sem razão, portanto, a recente obra do Professor Jorge Reis Novais apresenta-se, também ao público brasileiro, como oportuna e aconselhável leitura sobre o tema, constituindo, ademais, indispensável referência quando se trata de enfrentar – o que, de resto, já vem sendo feito também aqui¹ – o problema da eficácia e efetividade dos direitos sociais.

A obra é estruturada a partir de duas teses centrais. A primeira é a de que a diferenciação tipológica artificiosa entre direitos de liberdade e direitos sociais não pode, por si só, servir de base para uma dogmática dos direitos fundamentais. Por óbvio que distinções entre direitos fundamentais devem ser feitas, porém – e esta constitui a segunda tese – estas devem ser baseadas em outros critérios que não aquele. Com isto, Novais estabelece os pressupostos para o que, em verdade, constitui o propósito maior de sua obra, isto é, o desenvolvimento do que designou dogmática unitária e abrangente dos direitos fundamentais, na base da qual há, o quanto possível, uma aproximação entre direitos de liberdade e direitos sociais.

Para tal fim, seguindo a estrutura da obra, os três primeiros capítulos ocupam-se da delimitação do problema dos direitos sociais no plano jurídico-dogmático. A obra culmina no quarto capítulo, onde Novais justifica a conveniência de uma dogmática unitária dos direitos fundamentais e a desenvolve. Por fim, a discussão é situada na ordem jurídica portuguesa, tratando, de modo geral, do desenvolvimento do tema nos planos teórico e jurisprudencial.

1. O PROBLEMA DA NATUREZA DOS DIREITOS SOCIAIS ENQUANTO DIREITOS FUNDAMENTAIS

No plano jurídico, duas posições extremas marcam, fundamentalmente, a discussão sobre os direitos sociais. De um lado – e preponderantemente – a concepção de direitos sociais estabelece-se em contraposição aos chamados direitos de liberdade, originando-se, neste passo, dois grandes grupos de direitos fundamentais com acentuadas diferenças e distintos regimes constitucionais; de outro, a noção de direitos sociais é dissolvida num processo de atenuação das diferenças entre os direitos fundamentais, a ponto de se concluir pela existência de um único tipo de direitos e de um regime constitucional unitário que sobre eles disponha.

¹ Sobre o tema, na doutrina constitucional brasileira, vale apontar, entre outras, as referencias obras: LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; MELLO, Cláudio Ari Pinheiro de (Org.). *Os desafios dos direitos sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano (Orgs.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumem, 2010.

Para Novais, parte dos equívocos que marcam estas duas concepções decorre da desconsideração da noção de *direitos fundamentais como um todo*. A bem dizer, a doutrina constitucional, ao simplificar a distinção entre direitos sociais e direitos de liberdade, associando a estas categorias, respectivamente, uma natureza positiva, da qual decorre uma obrigação de fazer ao Estado, e uma natureza negativa, em razão da qual deve o Estado abster-se de determinadas condutas, acabou por enevoar a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, pois que, em verdade, tantos os ditos direitos de liberdade, quanto os direitos sociais possuem, indistintamente, as duas dimensões.

Sendo certo, portanto, que uma diferenciação estanque, firmada na contraposição direitos de liberdade/direitos sociais, na linha da primeira vertente, aponta, desde já, suas deficiências, o acolhimento da segunda vertente merece reservas. É que não se podem ignorar as distinções que existem entre os direitos fundamentais, embora estas estejam firmadas sob outros pressupostos.

Antes, porém, de apresentá-los, a fim de chegar a uma primeira conclusão sobre *do que se fala quando se fala de direitos sociais*², o autor relembra algumas distinções importantes. Em primeiro lugar, há que se ter em conta uma clara separação entre as dimensões objetiva e subjetiva da norma de direito fundamental, das quais decorrem, respectivamente, um conjunto de deveres ao Estado e pretensões subjetivas de obter a realização daqueles.

Em segundo lugar, Novais afirma que a qualificação de um direito como social é o resultado da elevação da dimensão principal do direito considerado como um todo, o que, por óbvio, não esgota a totalidade de deveres e posições decorrentes de cada direito. A terceira pontuação é a de que os direitos sociais são dirigidos exclusivamente ao Estado, do que decorre, para este último, entre outros, um dever de proteção dos particulares em suas relações privadas³.

A quarta ponderação do autor é de que os direitos sociais são assim definidos em razão dos deveres prestacionais fáticos que impõem ao Estado. Assim, é menos a natureza do bem protegido pela norma que o tipo de dever que ela fundamenta que faz merecer a qualificação de um direito como social. Em quinto lugar, porém, lembra-se que, além de prestações fáticas, os direitos sociais reclamam, também, prestações normativas. Em geral, o Estado é chamado, primeiramente, a determinar, via legislação, as condições de realização das prestações fáticas decorrentes das normas de direitos sociais, pelo que estas passam a depender, em regra, daquelas. Em sexto lugar, por fim, não se deve perder de vista que os direitos sociais possuem

² Nesse particular, importa acentuar a delimitação do objeto de estudo feita pelo autor. Quando trata de direitos sociais, durante toda a sua obra, Novais está se referindo ao que, incontrovertidamente, a doutrina considera como tal, isto é, a um *corpus* do qual fazem parte o direito a um mínimo vital ou existencial; o direito à saúde; o direito à habitação; o direito à segurança ou assistência social; o direito ao trabalho e o direito à educação.

³ A controvertida defesa, por parte do autor, da tese dos deveres de proteção, no que diz com o problema da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito privado, recomenda a remissão a textos nos quais o tema é discutido com mais vagar, entre os quais, apontam-se NOVAIS, Jorge Reis. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. In: _____. *Direitos fundamentais: triunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 69-116 e NOVAIS, Jorge Reis. A intervenção do provedor de justiça nas relações entre privados. In: *O provedor de justiça – novos estudos*, Lisboa, 2008, p. 227-291.

tanto uma dimensão positiva, da qual derivam direitos a que o Estado crie ou forneça prestações, quanto uma dimensão negativa, em razão da qual o Estado deve não atentar, não afetar ou não suprimir prestações já concedidas ou que o particular já acede.

2. OBJEÇÕES DOGMÁTICAS AO RECONHECIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

As objeções ao reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais – acentuadas, ainda, quando é o próprio texto constitucional que não prevê expressamente esta categoria em seu rol de direitos fundamentais, como é o caso da Constituição Alemã⁴ – estão relacionadas, em regra, a três fatores: a) a dependência expressiva de uma *reserva do (financeiramente) possível*; b) a sua estrutura de direitos positivos; e c) a indeterminabilidade de seu conteúdo constitucional. Em razão de tais particularidades, os direitos sociais não poderiam ser universalizados; não se constituiriam enquanto direitos subjetivos, por ausência de conteúdo determinado; não estariam blindados de violações, pois que nem mesmo estas seriam identificadas; e, por fim, sequer vinculariam os poderes públicos, a não ser, quando muito, de modo bastante mitigado.

Os direitos sociais caracterizam-se, de modo geral, como direitos a prestações fáticas cuja realização é, em regra, onerosa aos cofres públicos. O Estado, por sua vez, num quadro de escassez moderada, é obrigado a fazer escolhas e opções políticas acerca da alocação dos recursos disponíveis, decidindo prioridades quanto à realização de deveres. Assim definidos, os direitos sociais encontram-se, por evidência, limitados, em larga medida, pela assim designada *reserva do (financeiramente) possível*, o que, para alguns, acaba por colocar em causa a própria fundamentalidade desses direitos.

Entretanto, se é certo que o argumento dos custos constitui um dos mais enfatizados critérios de diferenciação entre direitos de liberdade e direitos sociais, comprometendo a fundamentalidade destes últimos quando comparados aos primeiros, não menos relevantes são os contra-argumentos a esta distinção. Ressalta-se, neste particular, a defesa de uma uniformidade dos direitos fundamentais com base na ideia de que tal como os direitos sociais, também os direitos de liberdade estariam condicionados econômica e financeiramente. A bem dizer, a *reserva do (financeiramente) possível* não seria uma particularidade dos direitos sociais, mas um problema que afeta, indistintamente, todos os direitos fundamentais, pois que, em última análise, os custos encontram-se vinculados ao próprio funcionamento do Estado de Direito.

Para Novais, entretanto, esta ideia só pode ser considerada com alguma reserva. Novamente, a noção de direitos fundamentais como um todo impõe a clara distinção, tanto no âmbito dos direitos de liberdade, quanto no âmbito dos direitos sociais – assim definidos em face de sua dimensão principal – de deveres de *respeito*, *proteção* e *promoção*. Em princípio, a primeira dimensão não importa em custos ao Estado,

⁴ As ressalvas do autor no que diz com o acolhimento acríptico da doutrina alemã - apenas para citar uma das mais influentes no constitucionalismo português (e também brasileiro) - em matéria de direitos sociais estão relacionadas exatamente ao fato da Constituição de Bona não incluir esta categoria de direitos expressamente em seu texto. Este fato teria dado origem a alguns equívocos grossos no direito constitucional de países que incorporaram os direitos sociais às suas Constituições, relacionados, de resto, a transposição de categorias dogmáticas que, em tese, só fariam sentido em *Constituições sem direitos sociais*.

pois que este, em razão dela, deve apenas não intervir no acesso individual a bens jusfundamentalmente protegidos. Por sua vez, diante das duas últimas – e, sobretudo, da última – o Estado tem sua atuação limitada pela disponibilidade de recursos que o possibilitem o cumprimento de prestações fáticas e a disponibilização de serviços e instituições a ele impostas. Assim, somente considerando as dimensões principais dos direitos fundamentais é que se pode estabelecer alguma diferença quanto à afetação da chamada *reserva do (financeiramente) possível*, já que, enquanto nos direitos de liberdade há predominância do dever de respeito, os direitos sociais relacionam-se, em regra, ao dever de promoção. No mais – pondera o autor – há também que se diferenciar a forma de afetação da reserva nas duas categorias de direitos fundamentais. Enquanto os custos importam o comprometimento da efetividade social dos direitos de liberdade – a ideia de que se o Estado não disponibiliza condições de exercício os direitos ficam esvaziados – no caso dos direitos sociais (ou, melhor, da sua dimensão preponderante) a reserva invade o plano jurídico-normativo e condiciona intrinsecamente a própria existência do direito.

Outro argumento de aproximação entre os direitos de liberdade e os direitos sociais e, conseqüentemente, de defesa da fundamentalidade destes, é aquele de que ambas as categorias são afetadas por algum tipo de reserva que as condiciona – enquanto os direitos de liberdade sofreriam os impactos de uma *reserva geral imanente de ponderação*⁵, os direitos sociais, além desta, estariam também limitados pela *reserva do (financeiramente) possível*. Apesar disto, assegura o autor, há uma diferença substancial entre a competência do poder judiciário para decidir a respeito de direitos a depender do tipo de reserva que os afeta. Assim, enquanto o controle das restrições a direitos condicionados apenas pela reserva de ponderação é pleno, quando a esta se soma a reserva do possível o controle é bem mais reduzido. Deste modo, conclui o autor que a diferença quanto a amplitude do controle⁶ consiste na distinção verdadeiramente relevante entre os direitos fundamentais, considerados em sua dimensão principal, mas de modo algum põe em causa a fundamentalidade dos direitos sociais.

A segunda objeção ao reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais está associada à relação estrita entre direitos de liberdade e dimensão negativa e direitos sociais e dimensão positiva. A rigor, tendo-se já concluído que a noção de direito fundamental como um todo fragiliza esta conexão, vez que identifica, tanto

⁵ A *reserva geral imanente de ponderação* é, para Novais, o pressuposto que justifica a ocorrência de restrições aos direitos fundamentais, por parte dos poderes públicos – e, particularmente, do legislador democrático – ainda que não expressamente autorizadas pelo texto constitucional. Neste plano, a adoção da reserva relaciona-se, sobretudo, com a preocupação relativa ao controle da constitucionalidade das interferências no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, o que o faz considerar a ponderação o teste decisivo num Estado de Direito. Por se tratar de tese central e subjacente em todos os seus escritos, sugere-se aprofundamento em NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003, *máxime* p. 569-635.

⁶ No caso específico dos direitos a prestações fáticas, não caberia ao juiz definir prioridades quanto à distribuição de recursos – competência afeita ao poder legislativo – mas é completamente plausível e devido que realize controle no sentido de aferir se a alegada falta de recurso é suficiente para, no caso concreto, afastar uma pretensão individual. Neste passo, a questão não é tanto se o judiciário tem ou não competência para emitir juízos quando está em causa escolhas de prioridades orçamentárias, mas sim se tal juízo é emitido nos limites impostos pelo princípio da separação de poderes.

em direitos de liberdade, quanto em direitos sociais, ambas as dimensões, cabe apenas ponderar que, somente em face de sua dimensão principal é que os direitos sociais podem ser considerados direitos positivos sujeitos a uma justiciabilidade enfraquecida. Além disso, tendo os direitos de liberdade também uma dimensão positiva, quanto a esta possuem justiciabilidade menos densa, ao mesmo passo que, em relação à dimensão negativa, direitos de liberdade e direitos sociais são igualmente justiciáveis. A fundamentalidade dos direitos sociais não é, também aqui, comprometida.

Por fim, a terceira objeção à fundamentalidade dos direitos sociais ampara-se no argumento de que é uma particularidade destes direitos a indeterminação de seu conteúdo constitucional, o que, em tese, não se verificaria no caso dos direitos de liberdade⁷. Por se tratarem de direitos profundamente condicionados pelo montante orçamentário de que dispõe o Estado e na hipótese de eventuais mutabilidades do cenário econômico afetarem a sua própria exigibilidade, então mais recomendável seria que a densificação do conteúdo dos direitos sociais ocorresse apenas no âmbito infraconstitucional. Porém, deste modo, é a própria fundamentalidade dos direitos sociais que restaria afetada.

Ora, não é menos verdade que os direitos de liberdade sofrem uma indeterminação similar aos direitos sociais no plano constitucional. Para Novais, o conteúdo protegido pela norma de direito fundamental apresenta-se, no texto da Constituição, apenas *prima facie* definido – como resultado da aplicação de mecanismos de interpretação das normas⁸ – mas cabe, na maioria dos casos, ao legislador ordinário algum tipo de conformação, afetação, disposição, restrição desde as quais se chega ao conteúdo definitivo dos direitos em espécie. Apesar dessa semelhança, a indefinição do conteúdo dos direitos sociais é ocasionada por outro fator que, em princípio, não atinge os direitos de liberdade – pelo menos em sua dimensão principal – que é o fato de, enquanto direitos tipicamente prestacionais, estarem condicionados pela *reserva do (financeiramente) possível*. Entretanto, esta indeterminação é plenamente superável, no decorrer no tempo, na medida em que atuação legislativa precisa o conteúdo dos direitos sociais, restando – por razões de igualdade e confiança – o Estado a eles vinculados.

3. MODELOS DE ATRIBUIÇÃO DE RELEVÂNCIA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL AOS DIREITOS SOCIAIS

Atestada a fundamentalidade dos direitos sociais, a discussão se situa, oportunamente, na determinação do alcance ou relevância jurídico-constitucional dos direitos sociais, na sua controvertida dimensão subjetiva⁹. Neste capítulo, Novais faz

⁷ A contra-argumentação já foi feita pelo autor em outra oportunidade, razão pela qual se remete, para detalhes, a NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra: 2004, p. 291 e seq.

⁸ Para a compreensão da concepção restritiva mitigada do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, implícita nesta definição, cf. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 427.

⁹ A opção pela abordagem apenas da dimensão subjetiva dos direitos sociais justifica-se, especialmente, por corresponder à esfera de maior controvérsia se comparada à dimensão objetiva daqueles direitos, a qual, em que pese à relevância dogmática, não suscita grandes discordâncias quanto aos seus efeitos jurídicos.

um percurso crítico pelos principais modelos de compreensão dos direitos sociais no plano jurídico, a fim de estruturar as bases para o modelo próprio formulado em seguida.

No que diz com a dimensão positiva dos direitos sociais, especialmente quando esta corresponde ao dever de promoção do acesso individual a bens jusfundamentais por parte do Estado, dois principais modelos são relevantes. O primeiro deles atribui importância aos direitos sociais apenas e no limite de sua associação a um mínimo exigível do Estado. Tendo em conta a já mencionada indeterminação do conteúdo constitucional destes direitos, a garantia de um *quantum* mínimo é – em que pese o patete reducionismo – uma tentativa de obstar o esvaziamento da norma, vinculando o Estado, em alguma medida, aos direitos sociais. Duas questões ameaçam a solidez deste modelo. Primeiro, há uma incoerência subjacente na redução dos direitos sociais a um conteúdo mínimo, quando a própria Constituição os prevêem com um âmbito de proteção bem mais alargado; em segundo lugar, inobstante a bem intencionada tentativa de suprimir as dificuldades de determinar o conteúdo dos direitos sociais, agora é o conteúdo mínimo destes direitos que resta indefinido.

Entre as estratégias de definição do assim designado mínimo social, importa considerar a identificação deste conteúdo ao mínimo existencial ou vital, concebido, em regra, como o conjunto de prestações que garantam a sobrevivência física e moral do indivíduo ou, o que é o mesmo, o necessário para uma vida digna – estando a sua determinação, numa versão ambiciosa, a sofrer as influências dos diferentes contextos sócio-culturais. Outra via de definição é a identificação do mínimo social a um conteúdo nuclear presente em cada direito social, indisponível pelo legislador e imune às limitações da *reserva do (financeiramente possível)*. Neste particular, a busca do mínimo social dos direitos individualmente considerados se daria ou pela determinação, em abstrato, de um conteúdo absoluto – um *minimum core* válido e alternativo aos processos de ponderação – ou pela fixação de um conteúdo relativo, flexível às circunstâncias do caso concreto.

Para o segundo modelo, os direitos sociais, em sua dimensão prestacional, são vinculantes na medida determinada por testes de razoabilidade e de ponderação. A análise da evolução da jurisprudência do Tribunal Constitucional sul-africano é o método utilizado pelo autor para a demonstração do sub-modelo da razoabilidade. Ao percorrer alguns precedentes daquela Corte, identifica-se a razoabilidade como teste decisivo para a aferição de violações a direitos sociais e, por conseguinte, para a possível definição de direitos subjetivos exigíveis do Estado. De modo geral, pode-se dizer que houve, nesse plano jurisprudencial, um notável avanço que vai da limitação da razoabilidade a uma prova de racionalidade – isto é, só são desarrazoáveis e, portanto, violadoras de direitos sociais, ações ou omissões irracionais – até a extensão daquele teste a identificação de violações que, inobstante racionais, impõem sacrifícios demasiados a grupos excluídos, a ponto de comprometer a liberdade e autonomia individual¹⁰.

¹⁰ Nesse sentido, os precedentes *Soobramoney v. Minister of Health KwaZulu-Natal* (1997) e *Minister of Health v. Treatment Action Campaign* (2002), a exemplificar, respectivamente, os dois momentos de aplicação do teste da razoabilidade. No primeiro caso, o Tribunal Constitucional sul-africano indeferiu o pedido de um cidadão em estado de doença terminal que requereu ao Estado o acesso a tratamento de diálise, sob o argumento de que, sendo escassos os recursos públicos para a área da saúde, a escolha política de priorizar

O sub-modelo da ponderação, proposto pela teoria dos princípios, compreende os direitos sociais como direitos fundamentais *prima facie* a que o Estado realize, na maior medida possível, o comando determinado pela norma constitucional. Assim como os direitos de liberdade, os direitos sociais sofreriam, portanto, processos de ponderação no caso concreto, entretanto – e esta é a sofisticação do método – neste último caso, além dos bens jusfundamentais contrapostos, pesam também na *balança* a escassez de recursos para a realização do direito social e os limites impostos pelo princípio da separação dos poderes.

Para Novais, todos estes modelos de atribuição de relevância aos direitos sociais em sua dimensão positiva padecem de algum déficit. O modelo do mínimo social funciona bem em casos extremos, estando apto a impedir violações grosseiras a direitos sociais, mas pouco se prestaria à resolução da grande maioria dos casos concretos, nos quais gravitam as dificuldades de estabelecer o alcance dos deveres prestacionais do Estado¹¹. Por seu turno, o teste da razoabilidade, se bem que de algum modo consistente para identificar violações à dimensão objetiva das normas de direitos sociais, falha na medida em que deixa de reconhecer a existência de direitos subjetivos correlatos aos deveres fundamentais. Finalmente, o teste da ponderação, do modo defendido pela teoria dos princípios – além das deficiências apontadas pelo autor alhures¹² –, é um teste débil quando aplicado aos direitos sociais, pois, além de pretender sopesar elementos não comparáveis – como, por exemplo, direito social e princípio da separação dos poderes –, dificilmente serviria para determinar afetações aos direitos sociais, uma vez que, tendo estes direitos a estrutura de princípios com âmbito de proteção amplo, de certo modo o Estado sempre estaria os violando, já que insuperável algum grau de omissão.

Relativamente à dimensão negativa dos direitos sociais prestacionais, três modelos relevantes devem ser considerados. O primeiro reduz a vinculação negativa aos direitos sociais ao chamado mínimo social. O segundo, na linha da teoria dos princípios, defende a aplicação da teoria das restrições, estruturada com base nos direitos de liberdade, também no âmbito dos direitos sociais. O terceiro, por fim, assenta-se na aplicação do princípio da proibição do retrocesso. Neste particular, as ressalvas são feitas, pelo autor, especialmente a este último ponto e dizem respeito à transposição da categoria para o plano jurídico-dogmático de países que prevêm expressamente direitos sociais em suas Constituições. Vale lembrar que a proibição de regresso é uma formulação da jurisprudência constitucional alemã, destinada, na altura, exatamente a suprir a ausência de direitos sociais no texto constitucional,

o tratamento a pacientes elegíveis para transplante renal era uma *opção racional*. Por sua vez, no segundo caso, já mais recente, a mesma Corte reconheceu devida a prestação de um medicamento, disponibilizado por um laboratório ao Estado, que reduzia significativamente as probabilidades de transmissão do vírus HIV da mãe para o filho, no período de gestação, a todas as mulheres grávidas e não apenas àquelas que se submetiam, na ocasião, ao teste do medicamento, alegando, em síntese, não ser razoável ofertar tal benesse apenas a uma parte da população.

¹¹ A relativa desconfiança acerca da funcionalidade da noção de conteúdo nuclear ou essencial dos direitos fundamentais é também manifesta em NOVAIS, Jorge Reis. op. cit., p. 779-798.

¹² NOVAIS, Jorge Reis. op. cit., p.629 e seq., embora, na ocasião, se tratasse de crítica à aplicação da ponderação aos direitos de liberdade, ou, ainda melhor, à dimensão negativa dos direitos fundamentais.

conferindo proteção adicional àqueles. Fora deste contexto de *Constituições sem direitos sociais*, não há porque recorrer a fórmulas duvidosas, como aquela, quando, a bem dizer, se está a tratar de verdadeiras restrições a direitos fundamentais, razão pela qual é possível, com maior segurança, aplicar a teoria dos limites às restrições a fim de identificar possíveis violações a direitos sociais.

4. OS DIREITOS SOCIAIS NUMA DOGMÁTICA UNITÁRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O capítulo central da obra é reservado para a apresentação de um modelo próprio de relevância jurídico-constitucional dos direitos sociais, compreendendo-os dentro de uma estrutura dogmática unitária dos direitos fundamentais, sem, contudo, ignorar as suas especificidades. Nesta ocasião, é enfraquecida a distinção entre direitos de liberdade e direitos sociais e expostos os fatores que verdadeiramente justificam diferenciações no trato dogmático dos direitos fundamentais, a saber, o tipo de dever estatal, a densidade norma constitucional e a distinção entre as suas dimensões positiva e negativa do direito fundamental.

Retomando o conceito de *direito como um todo*, Novais reforça os tipos de deveres decorrentes de todas as normas de direito fundamentais, sejam elas de direitos de liberdade ou de direitos sociais, a saber, o dever de *respeitar*, de *proteger* e de *promover*. A cada um destes deveres correspondem, igualmente, direitos positivos e negativos. Os direitos fundamentais diferenciam-se, assim, apenas no que diz com a sua dimensão principal.

Há também que se tomar em consideração a densidade na norma constitucional, isto é, deve-se verificar se, tal como previsto, o direito é estabelecido em termos definitivos, ao modelo de regra, ou se apenas de modo apriorístico, passível de ponderações posteriores com outros bens jusfundamentalmente garantidos.

Por fim, para um adequado regime jurídico de direitos fundamentais deve-se também distinguir direitos negativos e direitos positivos. Enquanto aos primeiros aplica-se, relativamente ao controle judicial, o padrão de controle de constitucionalidade da teoria das restrições aos direitos fundamentais – sempre, portanto, que o conteúdo do direito seja determinável no plano constitucional ou quando o Estado já assegurou, em alguma medida, o acesso a um direito social –, aos direitos positivos, por causa de sua estrutura e do condicionamento imposto pela *reserva do (financeiramente) possível*, o controle das omissões ou dos níveis inconstitucionais de omissão se dará por meio da aplicação do princípio da proibição do défice, que combina, de um lado, a delimitação de conteúdo mínimo dos direitos – correspondente ao necessário para uma vida com dignidade, numa feição aproximadamente absoluta, ainda que com alguma abertura – com a aferição da desrazoabilidade das omissões.

5. OS DIREITOS SOCIAIS NA ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA

Na Constituição portuguesa, a previsão expressa de direitos sociais torna indiscutível a sua fundamentalidade, ao mesmo passo que, distinguindo-os dos direitos de liberdade, deixa manifesta a opção por conferir a estes últimos um regime jurídico-constitucional de proteção privilegiado. Entretanto, uma dogmática dos direitos fundamentais baseada exclusivamente na geografia da previsão constitucional

deu, deste cedo, sinais de falibilidade. A escolha por estabelecer duas grandes categorias de direitos fundamentais, provavelmente motivada pela tentativa de separar as normas pela densidade de seu conteúdo e pela natureza dos deveres diretamente envolvidos, é débil, na medida em que tanto é possível encontrar direitos de liberdade no título III, da Constituição de 1976 (direitos econômicos, sociais e culturais), quanto direitos sociais em seu título II (direitos, liberdades e garantias), bem como em outras partes do texto constitucional. Não sem razão, valem aqui as considerações já firmadas durante toda a obra quanto à distinção entre direitos fundamentais com base em critérios diferentes da redutora polaridade direitos de liberdade/direitos sociais.

CONCLUSÃO

O modelo de dogmática unitária dos direitos fundamentais defendido nesta obra contribui sobremaneira para a diluição de alguns equívocos que marcam, desde há tempos, a dogmática constitucional, entre os quais a forjada separação entre direitos de liberdade e direitos sociais. Ao fazer isto, de modo contundente, e apresentar distinções entre direitos fundamentais com base na densidade das normas constitucionais, em suas dimensões positiva e negativa e no tipo de deveres delas decorrentes, Novais justifica, com elegância e rigor, por que e em que medida se pode falar em um regime jurídico único de direitos fundamentais.

Deste modo, a profundidade com que o problema da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais é tratado nesta obra, a torna leitura indispensável e recomendável sobre o tema. Com ela, Jorge Reis Novais agrega ao seu não menos denso conjunto de escritos, um viés diferenciado e uma perspectiva até então trabalhada, pelo autor, apenas de modo fragmentado¹³.

REFERÊNCIAS

- LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- MELLO, Cláudio Ari Pinheiro de (Org.). *Os desafios dos Direitos Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- NOVAIS, Jorge Reis. A intervenção do provedor de justiça nas relações entre privados. In: *O provedor de Justiça – novos estudos*, Lisboa: 2008, p. 227-291.
- _____. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.
- _____. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra, 2010.
- _____. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. In: _____. *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 69-116.
- _____. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra: 2004.

¹³ Assim, a manifesta opção por excluir de seu objeto de análise os direitos sociais, ou, de modo mais acertado, a dimensão positiva dos direitos fundamentais, daquela que, certamente, constitui a sua principal obra, em NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 49.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva Constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____; TIMM, Luciano (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumem, 2010.