

As citações legais, jurisprudenciais e doutrinárias constantes nesta obra não dispensam a leitura dos respectivos originais.

Nenhuma parte desta publicação pode ser reproduzida sem autorização prévia do autor. Excetua-se a transcrição de curtas passagens para efeitos de apresentação, crítica ou discussão. Esta exceção não permite, porém, a transcrição de textos da qual possa resultar prejuízo para a obra.

À minha mãe Maria Rodrigues Lopes Prata Ferreira

À memória de
meu pai Victorino Garrido Ferreira
e de meu tio António Garrido Ferreira

Obrigada pelo amor, apoio incondicional
e contribuição constante
para chegar ao fim deste percurso.
Vocês foram sem sombra de dúvidas
o meu grande estímulo nesta caminhada.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.	15
1. A filosofia subjacente aos direitos económicos e sociais: liberdade, dignidade, igualdade – o triângulo fundamental do constitucionalismo moderno	25
1.1 A perspectiva kantiana do direito inato à liberdade e os princípios do estado civil.	31
1.1.1 Liberdade negativa, liberdade positiva e o princípio da dignidade humana na filosofia kantiana.	38
1.1.2 Kant e os problemas do bem-estar social	43
1.2 A concepção hegeliana da diferença e a conexão entre sociedade civil e Estado: a superação do liberalismo.	56
1.2.1 As duas faces do conceito hegeliano de liberdade	59
1.2.2 A liberdade em sentido hegeliano e a relação entre Estado e indivíduo	67
1.2.3 O conceito hegeliano de liberdade e os direitos económicos e sociais	84
1.3 As concepções contemporâneas de liberdade e a sua relação com os princípios da igualdade e da dignidade	90
1.3.1 Os direitos económicos e sociais no diálogo entre as diferentes concepções de liberdade.	106
1.3.2 Os princípios da liberdade, da igualdade e da dignidade.	132
1.3.3 A questão da (in)comensurabilidade	136
1.3.3.1 A Dignidade como “critério de mediação” (<i>comensurator</i>)	141

2. Os direitos económicos e sociais como expressão de liberdade pessoal e política	149
2.1 A odisseia dos direitos sociais: direitos sociais e liberdade, uma relação antinómica?	149
2.2 A <i>egaliberté</i> como princípio mediador entre individualismo e o colectivismo	159
2.3 Os direitos económicos e sociais como problema constitucional. . .	170
2.3.1 A compreensão dos DESC como direitos fundamentais	170
2.3.2 A garantia constitucional e a questão do défice procedimental	182
2.3.2.1 A protecção constitucional	182
2.3.2.2 A questão do défice procedimental.	193
2.4 O problema da compreensão dos DESC como trunfos e direitos sob reserva do possível.	206
3. Leitura dos DESC como produto das escolhas sociais/colectivas	211
3.1 Os direitos económicos e sociais e as escolhas sociais	211
3.2 As escolhas sociais, os modelos de decisão e os direitos económicos e sociais	223
3.3 A escassez, os custos e a reserva do possível	246
3.3.1 O valor dos direitos	246
3.3.2 Os direitos como trunfos	259
3.3.3 O carácter trunfante, a escassez e os custos	264
3.3.4 O carácter trunfante, a reserva do possível e a questão da legitimação democrática	270
3.4 Os desacordos, a legitimação democrática e o controlo judicial	280
3.4.1 Abordagem da questão a partir da análise institucional comparativa de Neil Komesar	291
3.4.2 Aplicação do modelo ao processo de adjudicação de direitos económicos e sociais.	296
4. A (in)determinação do conteúdo normativo dos direitos económicos e sociais	307
4.1 Um conceito em busca de conteúdo.	307
4.2 Definição do conteúdo mínimo por referência à teoria de justiça de John Rawls.	318

4.2.1 Os bens sociais primários e o conteúdo material dos DESC.	320
4.2.2 Bens primários: que indivíduos e que sociedades?	333
4.3 A proposta de construção do conteúdo normativo dos DESC por meio da abordagem das <i>capabilities</i>	342
4.3.1 As <i>capabilities</i> e a igualdade de oportunidades como medida de recorte do conteúdo normativo dos direitos económicos e sociais.	346
4.3.2 As <i>capabilities</i> e os dilemas do “indivíduo autónomo e responsável”.	364
4.3.3 As <i>capabilities</i> e as escolhas individuais no espaço de liberdade/ /dominação	373
4.3.4 A dinâmica entre autonomia, vulnerabilidades e dependência . .	378
4.3.5 As <i>capabilities</i> , os direitos económicos e sociais e o espaço das oportunidades	384
4.3.6 Critérios de selecção e aplicação das capacidades	399
5. A justiciabilidade dos direitos económicos e sociais.	423
5.1. A judicialização e o raciocínio desenvolvido na adjudicação dos direitos económicos e sociais.	423
5.1.1. O aspecto político dos direitos económicos e sociais e a delimitação do conteúdo justiciável.	432
5.1.2. A revisão judicial em sentido forte e fraco	442
5.2 A abordagem das <i>capabilities</i> como medida de concretização do conteúdo mínimo justiciável dos direitos económicos e sociais . . .	464
5.2.1 A crítica à abordagem do conteúdo mínimo como padrão de justiciabilidade dos direitos económicos e sociais	466
5.2.2 O conteúdo mínimo e o <i>pool</i> de recursos disponíveis	484
5.2.3 A <i>capability approach</i> como medida de concretização dos direitos económicos e sociais: um compromisso pragmático entre o ideal e o real	490
5.2.3.1 A dimensão negativa dos DESC.	491
5.2.3.2 A dimensão positiva dos DESC	500
5.2.3.3 As desvantagens corrosivas e o funcionamento fértil	505
ALGUMAS NOTAS CONCLUSIVAS.	511
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.	519

INTRODUÇÃO

I. Apesar de serem considerados por grande parte da doutrina uma «expressão qualificada do Estado social/Estado de direito democrático»¹, cujo objectivo fundamental é a consecução da justiça e do bem-estar social, os direitos económicos e sociais, por terem a sua concretização dependente de um conjunto de pressupostos e factores, por tratarem de aspectos que invadem áreas não só de competência legislativa mas também executiva, e por envolverem processos sociais e a análise de “padrões de vantagem e desvantagem”², cujo tratamento envolve questões tanto de natureza sociológica quanto económica, com frequência vêm a sua justiciabilidade contestada, quer por se considerar questionável a eficácia de uma intervenção concretizadora do poder judicial, quer por persistirem dúvidas sobre os meios adequados a esta intervenção.

Com efeito, a realização desses direitos em concreto por via judicial levanta uma série de questões, designadamente: (i) a legitimidade democrática; (ii) a sua “natureza” de direitos consagradores de posições positivas perante

¹ ERNESTO BENDA, “El estado social de derecho”, in ERNESTO BENDA/WERNER MAIHOFFER/H. VOGEL/KONRAD HESSE/WOLFGANG HEYDE, *Manual de derecho constitucional* (trad. António López Pina), 2.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 487-559.

² NANCY FRASER, “Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy”, in *Social Text*, n.º 25/26, 1990, pp. 56-80.

o Estado³ ou de compromissos constitutivos da comunidade política⁴, cuja efectivação se dá por meio de políticas públicas; (iii) a escassez de recursos e o seu impacto na respectiva realização; e (iv) a existência ou não de um conteúdo justiciável que sirva de parâmetro de concretização.

Não obstante serem também considerados verdadeiros direitos – e não meras políticas a concretizar pelo Estado – que, nesta medida, devem ser merecedores de tutela jurisdicional, não estando, por isso, afastada em relação a eles a possibilidade de intervenção do poder judicial⁵, a sua realização move-se dentro de uma certa “zona de implausibilidade” que torna difícil a determinação da medida ou o alcance concreto daquilo que se pode exigir do Estado.

Por outro lado, levanta questões excessivamente complexas sobre a aplicação ou definição de políticas e sobre a capacidade de os tribunais fornecerem um remédio que dispense a necessidade de intervenção em larga escala nas políticas públicas.

É entendimento, mais ou menos consensual, que os direitos económicos e sociais decorrem da consagração, pelos Estados democráticos, do princípio

³ MALCOLM LANGFORD, “The justiciability of social rights: from practice to theory”, in MALCOLM LANGFORD (ed.), *Social rights jurisprudence: emerging trends in international and comparative law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 3-45; KRISTIN HENRARD, “Introduction: the justiciability of ESC rights and the interdependence of all fundamental rights”, in *Erasmus Law Review*, 2009, pp. 373-378.

⁴ CASS R. SUNSTEIN/RANDY E. BARNET, “Constitutive Commitments and Roosevelt’s Second Bill of Rights: A Dialogue”, in *Drake Law Review*, vol. 53, n.º 205, 2004, pp. 205-229, a p. 217; Cf. ainda CASS R. SUNSTEIN, *The second bill of rights: FDR’s unfinished revolution and why we need it more than ever*, (ebook) Nova Iorque, Basic Books, 2004, pp. 77-83.

⁵ MALCOLM LANGFORD, “The justiciability of social rights: from practice to theory”, cit., pp. 3-45; KRISTIN HENRARD, “Introduction: the justiciability of ESC rights and the interdependence of all fundamental rights”, cit., pp. 373-378. Esta posição é sustentada pela consagração constitucional, por um número significativo de países, de um vasto catálogo de direitos, pela adopção de instrumentos internacionais de protecção dos direitos económicos, sociais e culturais (Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais – PIDESC), cujo art. 2.º, n.º 1, impõe aos Estados a tomada de medidas, até ao máximo dos recursos disponíveis, que permitam alcançar progressivamente a plena efectividade dos direitos sociais reconhecidos no Pacto e ainda pelo tratamento que tem sido dado no plano judiciário em alguns ordenamentos jurídicos como o Canadá, a África do Sul, a Colômbia, a Índia, etc.

da democracia económica e social, do princípio da socialidade ou ainda do princípio da dignidade da pessoa humana⁶.

No entanto, ainda que concebidos como “direitos constitucionais”, com a natureza de “trunfos contra a maioria”⁷, as questões relativas aos respectivos critérios de efectivação tornam questionável a “desejabilidade” da sua concretização por via judicial.

Com efeito, a natureza de direitos cujo conteúdo é marcado por uma “indeterminabilidade congénita”⁸, que têm a respectiva definição dependente de uma intervenção concretizadora do legislador⁹, reforça a ideia de que se trata de direitos sem vinculatividade jurídica plena, no sentido de que não é possível, recorrendo aos meios da interpretação jurídica, delimitar a partir das respectivas normas consagradoras um conteúdo suficientemente preciso que permita formular a partir dele, com algum grau de certeza, as obrigações prestacionais do Estado ou direitos justiciáveis¹⁰.

Todavia, por se tratar de direitos que também se apresentam no centro das discussões sobre direitos humanos, direitos políticos e civis e por ser cada vez mais elevado o nível de conflitualidade em torno deles¹¹, tem sido crescente a preocupação doutrinária e jurisprudencial na busca de parâmetros de efectivação¹².

⁶ JORGE MIRANDA, “Regime específico dos direitos económicos e sociais”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. 40, n.ºs 1 e 2, 2000, pp. 345-361; J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., pp. 473-474; ASBJØRN EIDE, “Economic, social and Cultural Rights” in ASBJØRN EIDE/CATARINA KRAUSE/ALLAN ROSAS (eds.), *Economic, social and cultural rights: a textbook*, Haia, Martinus Nijhoff Publishers, 2.ª ed., 2001, pp. 109-174.

⁷ JORGE REIS NOVAIS, *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 17.

⁸ JORGE REIS NOVAIS, *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 141 e ss.

⁹ JORGE REIS NOVAIS, *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, cit., pp. 225 e ss.

¹⁰ JORGE REIS NOVAIS, *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, cit., pp. 75 e ss.; Cf. ainda J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 7.ª ed., 11.ª reimp., pp. 1351 e ss.

¹¹ MALCOLM LANGFORD, “The justiciability of social rights: from practice to theory”, cit. p. 5.

¹² Com efeito, os tribunais deparam-se com vários tipos de reclamações relativas à violação pelos respectivos Estados das normas constitucionais consagradoras de direitos económicos e sociais, e que vão desde o tratamento de questões relacionadas com o fornecimento de

Um aspecto que se tem frequentemente em conta quando se fala da concretização/efectivação de direitos económicos e sociais é o respeitante às disponibilidades financeiras do Estado, por um lado, e à escassez de recursos, por outro¹³, cuja complexidade parece não poder “escapar” à interferência de institutos e comunicabilidade com aspectos relacionados com a racionalidade e eficiência económicas e com a escolha pública.

Trata-se de questões que impõem uma ponderação da dimensão económica daqueles direitos¹⁴, cuja diferença axiológica em relação às noções de justiça torna necessário o exame da adequação da introdução dos critérios, da razão e linguagem económicos na hermenêutica constitucional¹⁵.

Alguns autores defendem uma releitura do texto constitucional susceptível de conduzir a aplicação de métodos e conceitos económicos (designadamente, do conceito de eficiência) de forma a torná-los aptos a desempenhar um papel na construção adequada de um parâmetro de concretização dos direitos económicos e sociais¹⁶, que, além da preocupação com questões relacionadas com a análise da melhor forma de alocar recursos, possa ser conjugado com os

habitação condigna, o acesso a serviços básicos de saúde ou a prescrição de determinado tratamento para patologias específicas, direitos de acesso à educação, à protecção de direitos de minorias e ao desenvolvimento de programas que atendam a questões de especial carência, doenças endémicas, etc. Cf. Ac. 29 July 1980 9. (1981) SCR (1) 97, proferido pelo Supremo Tribunal Indiano (*Municipal Council Ratlam vs. Vardhichand and others*, 1980); Ac. (1996) ZACC 26 Tribunal Constitucional Sul Africano (Gov. of RSA and others vs. Grootboom and others); Ac. Treatment action campaign and others), 2004.

¹³ Como bem lembra Jorge Reis Novais «a adjudicação judicial (*judicial adjudication*) para atender pedidos concretos de *prestações sociais* pode ter como consequência o desvio forçado de verbas não negligenciáveis, podendo colocar em causa ou mesmo forçar inflexões significativas ou retrocesso na política (de saúde) globalmente programada para melhoria das condições de sectores mais desfavorecidos», in JORGE REIS NOVAIS, *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 89 e ss.

¹⁴ STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, *The cost of rights: why liberty depends on taxes*, Nova Iorque, Norton, 1999, p. 94.

¹⁵ MARCELO NEVES, *A constitucionalização simbólica*, São Paulo, Editora Acadêmica, 1994, pp. 54-61.

¹⁶ LUCIANO BENETTI TIMM, “Qual a maneira mais eficiente de prover os direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia” in INGO WOLFGANG SARLET/LUCIANO BENETTI TIMM (org.), *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2008, pp. 55-68.

valores éticos e sociais, notadamente de carácter redistributivo, e funcionar simultaneamente como instrumento de realização da justiça¹⁷.

A argumentação é a de que apesar de os conceitos económicos como o de maximização, utilidade, riqueza, análise custo-benefício, etc., isoladamente considerados, não poderem constituir a fundamentação ética do direito, podem, no entanto, ter alguma utilidade na realização daquele, na medida em que a concretização dos valores inerentes a uma sociedade justa, impõe também uma “necessidade de ponderação entre a eficiência e os demais valores perseguidos pela sociedade como um todo”¹⁸.

Por outro lado, os conceitos de eficiência económica, equilíbrio, mercado, etc., concentram também eles uma carga axiológica e traduzem um julgamento de valor, que “[...] destaca a necessidade de escrutínio entre eficiência e justiça”¹⁹ e coloca em evidência a relação existente entre ineficiência e injustiça, na medida em que a realização da justiça depende não só do respeito aos valores éticos e morais, mas também da maximização dos actos necessários à concretização daquele fim²⁰.

Esses aspectos levam-nos também a questionar:

- (i) se, e em que medida, o judiciário pode extrair, directamente das normas constitucionais, direitos a prestações e determinar, de forma coerciva, a sua implementação;
- (ii) em que medida as ordens constitucionais permitem ou demandam uma actuação diferenciada do judiciário, conferindo-lhe poderes para obrigar o poder político a agir ou a, ele mesmo, desenvolver, em

¹⁷ KLAUS MATHIS, *Efficiency instead of justice? Searching for the philosophical foundations of the economic analysis of law*, Lucerne, Springer, 2009, 186 e ss.; FLÁVIO GALDINO, *Introdução à teoria dos custos dos direitos: os direitos não nascem em árvores*, cit. pp. 155-165.

¹⁸ KLAUS MATHIS, *Efficiency Instead of Justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*, Lucerne, Springer, 2009, p. 185.

¹⁹ KLAUS MATHIS, *Efficiency instead of justice?*, cit., p. 49.

²⁰ Com efeito, “uma justiça ineficiente deixa de ser justa: a distribuição *justa* de um resultado *ineficiente* pode ser uma situação que não satisfaz ninguém, tomando-se, pois, num outro sentido, igualmente *injusta* (a repartição igualitária da miséria gerada pela indolência igualitarista, tanto como a sentença justa, mas tardia de um tribunal indolente)”. Fernando Araújo, *Introdução à economia*, Coimbra, Almedina, 3.^a Ed. 2005, p. 38.

- substituição daquele, o conteúdo das normas constitucionais consagradoras de direitos económicos e sociais; e
- (iii) que critérios poderão/deverão orientar o julgador/legislador no respectivo processo decisório.

A nossa investigação parte por isso da análise das justificações avançadas para a garantia constitucional dos direitos económicos e sociais, das dificuldades da dogmática jurídica em apresentar uma metodologia rigorosa de interpretação-aplicação desses direitos, da clara dissociação, no que à concretização respeita, entre «a prática de dizer e a prática de fazer o direito»²¹, bem como das implicações que o respeito à “fundamentalidade” desses direitos exigiria no desenho, na implementação e na avaliação de políticas e programas económicos e sociais.

E tem como objectivo, proceder a uma reflexão sobre as possíveis aproximações entre as «categorias lógicas do ser e do dever ser»²² e criar um espaço de diálogo entre norma constitucional e realidade económica e social, de modo a identificar a sua potencial contribuição na discussão da eficácia das normas constitucionais consagradoras de direitos económicos e sociais, em que termos se pode adequar à teoria constitucional e, deste modo, a uma teoria de justiça.

A hipótese de trabalho parte de uma apologia a um pragmatismo que pode sintetizar-se em três pontos:

- i. necessidade de reconexão entre a norma e a realidade.
- ii. necessidade de análise crítica do idealismo que afirma valores sem preocupação de os concretizar, avançando num crescendo de complexidade e dificuldade de aplicação das normas aos problemas reais.
- iii. necessidade de introdução na análise da norma constitucional de uma alternativa que trate de forma adequada a complexidade das questões

²¹ MAURÍCIO GARCIA VILLEGAS, *La eficacia simbólica del derecho*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 1993, pp. 152 e ss.; Cf. ainda, PIERRE BOURDIEU, *O poder simbólico* (trad. Fernando Tomaz), Lisboa, Difel, 1989, pp. 209 e ss.; AXEL HONNETH, *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, (trad. Luiz Repa), São Paulo, Editora 34, 2003, pp. 117 e ss.

²² LUIZ CABRAL DE MONCADA, Prefácio a GUSTAV RADBRUCH, *Filosofia do Direito*, 4^a ed., vol. 1, (trad. Luiz Cabral de Moncada), Coimbra: Arménio Amado Editor, 1961, pp. 14 e segs.; JOAQUIM CARLOS SALGADO, *A Idéia de Justiça em Kant: Seu Fundamento na Liberdade e na Igualdade*, Belo Horizonte, EDUFMG, 1986, pp. 16 e ss.

envolvidas na interpretação e concretização dos direitos económicos e sociais.

Deste modo, a questão central que se pretende ver respondida na presente investigação é a seguinte: existirá possibilidade para o uso de critérios da análise económica na hermenêutica constitucional, nomeadamente quanto à concretização dos direitos económicos e sociais? Em caso afirmativo, quais os critérios admissíveis e os respectivos limites?

II. Na primeira parte desta investigação abordaremos a questão da exigibilidade dos direitos económicos e sociais fundamentais, revisitando, num primeiro momento, os seus fundamentos e, num segundo momento, as razões usualmente opostas à sua justiciabilidade.

A nossa investigação parte de um “diálogo” entre as concepções kantiana e hegeliana de liberdade e de construção do “ser social”, e de uma reflexão crítica do debate contemporâneo sobre a liberdade, procurando reflectir sobre o “tipo de justiça e o tipo de liberdade”²³ que se deseja e acredita serem razoáveis numa sociedade de direito democrática.

Trata-se de uma abordagem que pretende reflectir sobre questões resultantes de uma “intervenção” concreta no sentido da realização dos direitos económicos e sociais, dos seus limites, das suas potencialidades e da sua adequação em termos de resposta.

O tratamento desta questão passará ainda pela retoma do debate filosófico e político em torno dos direitos económicos e sociais, *i.e.*, a sua justificação, fundamentalidade e lugar na estrutura constitucional, procurando responder à seguinte questão: que normas/directrizes podem ser retiradas do “sistema” de direitos económicos e sociais constitucionalmente consagrado – direitos a políticas ou direitos à acção?

III. A segunda parte retoma a abordagem relativa à natureza dos direitos económicos e sociais e a respectiva possibilidade de realização judicial,

²³ Relativamente a esta questão, dedicaremos particular atenção às formulações liberais, republicanas e feministas (construtivistas) de liberdade de Isaiah Berlin, Philip Pettit e Nancy J. Hirschman.

partindo da sua compreensão enquanto direitos fundamentais, do exame dos fundamentos que legitimam ou não uma intervenção concretizadora do poder judicial e da existência ou não de procedimentos que permitem uma resposta adequada do judiciário.

Procede ainda à análise da questão de saber se a “competência” do poder judicial nesta matéria se limita à simples constatação de inconstitucionalidade ou inclui também o poder de determinar aquilo que é obrigatório nos termos da constituição; ou se se trata, simplesmente, de uma competência exclusiva do legislador democrático²⁴, procurando dar resposta à seguinte questão: se a estrutura dos direitos económicos e sociais impõe obrigações primárias ao Estado, quais as consequências no plano das políticas públicas (políticas fiscais, acções afirmativas, salário mínimo, sistemas de distribuição de terras, etc.) e até que ponto é função dos tribunais pronunciarem-se sobre estes aspectos através de um exame da finalidade, natureza e métodos de aplicação.

IV. A terceira parte desta investigação procede a uma leitura dos direitos económicos e sociais inserida na estrutura de valores das escolhas sociais como um exercício comparativo e reflexivo com indivíduos comprometidos.

A abordagem parte de uma reformulação – desenvolvida por Amartya Sen – da visão *tradicional* da economia de bem-estar, cujo fundamento ético é o utilitarismo, e a sua releitura a partir de uma perspectiva normativa do desenvolvimento como processo de expansão das capacidades humanas, e da avaliação da “participação” no processo decisório de uma pluralidade de “princípios rivais” de justiça²⁵.

O argumento é o de que o agir comprometido e as várias identidades sociais estabelecidas pelos diferentes indivíduos são relevantes não apenas para efeitos de observação das preferências pessoais de cada um, mas também por constituírem formas de pensar e comunicar por meio da discussão pública ou da interacção social.

O objectivo é perceber em que medida a teoria das escolhas sociais pode contribuir para enriquecer o debate sobre os direitos e as prerrogativas,

²⁴ JORGE REIS NOVAIS, *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, cit., pp. 333 e ss.

²⁵ AMARTYA SEN, *Escolha colectiva e bem-estar social* (trad. Ana Nereu Reis), Coimbra, Almedina, 2018, pp. 403 e ss.

resultantes do reconhecimento da essencialidade dos direitos económicos e sociais, esclarecendo a necessidade de avaliação de uma liberdade-inclusiva, que não pode senão corresponder ao reconhecimento e ao exercício de *direitos mínimos*.

V. A parte quatro trata da questão da (in)determinação do conteúdo normativo dos direitos económicos e sociais, como uma das objecções geralmente apontada à sua justiciabilidade, já que «a norma constitucional não cria, ela própria, em termos definitivos, um âmbito delimitado ou delimitável de livre acesso ou de fruição do bem ou interesse protegido pelo direito fundamental»²⁶.

É que, apesar de a jurisprudência em muitos países avançar com decisões relativas à “adjudicação” de direitos económicos e sociais, os modelos sobre os quais os tribunais assentam as suas decisões e delineiam o curso da litigância em torno desses direitos tem-se deparado com dificuldades na definição, por um lado, do conjunto de direitos/prerrogativas que garantem a realização e a concretização desses direitos e, conseqüentemente, por outro, da dimensão das obrigações do Estado susceptíveis de traduzir aqueles direitos abstractos em realidade.

O conteúdo mínimo (*minimum core*) tem sido um dos parâmetros usado em algumas decisões judiciais e consiste em conferir àqueles direitos um *quantum* justiciável, sustentado no conjunto normativo deduzido dos enunciados constitucionais.

No entanto, a adesão judicial à tese do conteúdo mínimo é geralmente feita em termos muito tímidos, sendo que alguns tribunais evitam o uso do conceito, e aqueles que a ele recorrem divergem substancialmente na forma como o aplicam.

No plano doutrinário, mesmo quando há acordo relativamente à justiciabilidade, os autores divergem quanto à possibilidade de recurso à noção de conteúdo mínimo como parâmetro concreto da definição dos poderes e faculdades (*entitlements*) e quanto à possibilidade de este “mínimo” melhorar o potencial transformativo dos direitos económicos e sociais.

²⁶ JORGE REIS NOVAIS, *Uma Constituição, dois sistemas? Direitos de liberdade e os direitos sociais na Constituição portuguesa*, Coimbra, Almedina, 2020, pp. 191 e ss.

A nossa análise trata das potencialidades e dos limites do conteúdo mínimo como padrão justiciável e da construção/determinação desse mínimo por referência à abordagem das *capabilities*²⁷.

A proposta é a da incorporação de novas variáveis e preocupações (“capacidades” e “funcionamentos”) que permitam a construção de um paradigma cuja ênfase são as potencialidades dos direitos no desenvolvimento das capacidades humanas e de um espaço de direitos/prerrogativas (*capability space*) do qual pode ser inferido um conteúdo formalizado como vectores funcionais (*functioning vectors*)²⁸.

VI. Por fim, a parte cinco será dedicada à análise da viabilidade da proposta da abordagem das *capabilities* (enquanto espaço objectivo de aptidões) e das *functionings* (enquanto capacidade real de realização dessas aptidões) como medida de “adjudicação eficiente” dos direitos económicos e sociais e como critério de avaliação de políticas públicas e de “arranjos” sociais, considerando sempre a extensão de liberdade/capacidade que os indivíduos possuem para desenvolver os aspectos essenciais da vida em sociedade e as oportunidades reais que dispõem para o efeito.

O objectivo é o de verificar se este espaço de aptidões e prerrogativas se pode afigurar como um padrão que represente a justa medida entre activismo e contenção judicial, delimitando critérios que garantam a promoção dos bens e interesses sociais pelo poder judicial, mas que não impliquem um esvaziamento das funções do poder político, e que, simultaneamente, seja capaz de superar a problemática relativa às questões que se colocam a propósito da legitimidade democrática e contribuir para a preservação dos valores democráticos.

²⁷ AMARTYA SEN, *The idea of justice*, Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press, 2009, pp. 225 e ss.

²⁸ «The person's “capability set” is a set of functioning vectors from which the person has the freedom to choose». Cf. SOPHIE MITRA, “Capability approach and disability”, in *Journal of Disability Policy Studies*, vol. 16, n.º 4, 2006, pp. 236–247.